

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

對 Posner「法律經濟分析」之原理與適用範圍的探究與批判

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC92-2414-H-032-008-

執行期間：92 年 08 月 01 日至 93 年 07 月 31 日

執行單位：淡江大學歐洲研究所

計畫主持人：林立

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 94 年 4 月 15 日

序言

一股奔騰的當代思潮

從二十世紀 70 年代開始，由法律學者本身來擔綱、並以 Richard A. Posner 為個中翹楚所開展出來的「法律經濟分析」這一學術思潮，已經造就了繁榮昌盛的「學術工業」；其影響力宛如一股強大的洪濤，早已由美國的法學院及法庭奔流到千萬里之外實施不同法系的眾多國度。「如果引證率可以測度影響力，那麼當仁不讓，Posner 是在世的最有影響的法學家」¹。就連作為法律經濟分析之堅強批判者的 Dworkin 教授，在以憂慮的眼光看待這一趨勢時，也不得不承認：「這種常常被稱為『對法律的經濟學探討進路』之態度，已經將一大部分美國法學教育變成其殖民地了」²。

在台灣，對於法律經濟分析方法的引介與探討，其實肇始甚早，驀然回首、荏苒之間，台灣法學界的前輩學者們論及法律經濟分析，屈指一算已有超過二十年的歷史了。但是多年來，法律經濟分析在我國法學界卻一直僅以「星星之火」的情形續存，而從未形成燎原之勢；又由於法律經濟分析源自美國，因此以留學美國居多的我國經濟學家談論得反而要比法學界多。

反觀在中國大陸，其法學界及經濟學界對 Posner 及法律經濟分析學說熱烈探討研究的風潮，在中國學習與接受西方學術思想的歷史中，若是由出自學者及民間自發而為的角度來看，應堪稱是盛況空前的；短短五年左右的時間，幾乎所有重要的一手及二手資料都已經被譯出，數量驚人。在這種情況下，法律經濟分析在台灣的热度也開始迅速上升，蛰伏二十年後，終於在台灣也成為聚光燈照射的焦點。

法律經濟分析學說在台灣與中國大陸之所以遭到不同的際遇，究其緣由，主要是因為我國法制過去深為德國法律文化所籠罩；而且近年來我們社會上下所一致熱切追求的，已經不是經濟效率，而是社會安全、社會公義、人性尊嚴、生存權利之保障...等等議題。而在中國大陸，其法制的建立受有美國法較大的影響，而法律經濟分析學說之所以形成披靡之勢，乃反映其全民上下一心在現階段勉力追求經濟成長、嚮往學習自由市場制度，裨期盡速增進社會財富的渴望心情；是以 Posner 及法律經濟分析思想在彼岸蔚然成風、不可抑遏、成為空前興盛之顯學，自是其來有自。

對於這樣一個影響全世界數十億人民生命的學說，我們不能不投注以深深關切的目光、給予謹慎的倫理學反省，因為其思想的價值觀有可能影響無數的立法者、法官、檢察官、律師、乃至國家行政的領導人物，而其絲毫之思維舉措，都將影響無數人類的權利與生存禍福。因此，筆者實在是因為關心人性尊嚴保護的

¹ 《波斯納文叢》總譯序 XII。

² Ronald Dworkin, A Matter of Principle, Boston 1985, p. 4.

殷切動機，才不揣固陋，盡一己綿薄之力，提筆嚐試對 Posner 的思想做一個介紹及反省；並且希望本著 Wittgenstein 所創建的語言分析哲學的精神，對其論述的行文做抽絲剝繭的分析工作、探求其真義之後，再給予評價。期待藉此拋磚引玉，得到賢明諸君的高見，能使筆者獲得教益，則甚幸矣。

閱讀本書的輔助及感謝

筆者對法理學有興趣、思考其問題，並曾將反省所得寫成過數篇文章發表。在本書的探討之中經常會觸及到的諸問題，有許多筆者已經在以前發表的論文中試圖依一己反省所得的看法加以說明並回答；在本書中探討問題時，筆者有時也會指涉到這些文章。或許，爲了指涉及讀者查閱參考上的方便，筆者亦考慮未來盡可能將這些論文蒐集起來以論文集的方式成書。然而在此，也先對學林出版社基於對法理學研究的鼓勵，在出版《德沃金與法學方法論》一書之後，再次出版我的書，表示我深摯的謝忱。

筆者才疏學淺，書中疏誤之處，在所難免；而我對前輩或後起之秀的讀者們所賜予我所殷切期待的指正，匡余之不逮，也都事先在此表達誠摯的感謝。若又能藉此書廣結天下愛好法學思想研究之士，則又甚幸矣！

最後，要誠懇祝福所有讀者們健康愉快、生活幸福。

林立 2004 年春寫於淡水暮色中

導論

0.1 革新的方法與激起的回應

0.1.1 實用主義的方法論

大家都知道，Posner 是把經濟學對人性的基本設定及若干簡單明瞭的經濟學原理運用到法律的思維上。這樣一種「跨界」的嘗試，把許多傳統上對法律人而言極爲陌生的經濟學詞彙帶進了法學圈中，讓許多法律人覺得頗不習慣，自然也引起了質疑與情緒上的反彈。正如 Posner 在「法理學問題」一書的第十四、十五章「新傳統主義」及「一個實用主義的宣言」中所說的，在他於 Harvard 大學

接受法學教育的時代，仍瀰漫著認為法律本身是一個完備自足體系的觀念，即想要成為一位好的法律人、能處理好世上的案件問題，只需要熟讀並理解判例及制定法這一切既存的法律材料即可。

換句話說，對這些傳統主義的擁護者而言，法律是不假外求的，更不必去求助於被認為帶有「市儈」氣息的經濟學來侮辱神聖且歷史悠久的法學。簡而言之，法律被視為一個經過完美編排的觀念及邏輯系統，再加上由某些崇高的理念（公平、正義、自然法）所引導，只要是訓練有素的法律人運用傳統的法學推理方法便可以得到案件正確答案³。

但是，Posner 不僅否定這種傳統的法律觀及方法論能達到真理，更指出在這種脫離現實的方法下所做出的判決，雖然自以為是為了達成「正義」，但由於從來不對法律判決的結果進行「實證經濟分析」（positive economic analysis），故根本不知道其究竟會導至什麼（適得其反的）結果。例如，原本法律規定，擄人勒贖後又撕票者判死刑；而據過去的統計，有百分之二十的擄人案件發生撕票；現在政府為了減少犧牲者，想從「源頭制止」著手，規定只要擄人就判死刑；結果擄人案減少了一半，但被擄者卻百分之百遭到撕票，犧牲者更多了。又政府想遏止毒品泛濫，但其採取的政策是由防止走私入境及取締國內種植者著手（即由「供給面」著手）；但假設該國政府對此無力做到滴水不漏（假設是因為地理情況的關係）；結果是毒品供應減少、價格上漲（因為吸毒者的「需求彈性」極小，即無論如何都非吸不可），吸毒者為了籌錢買變得更貴的毒品，便從事更多犯罪；政府卻沒想到應由吸毒者的戒除毒癮（需求面）著手才是有效的上策。

另一個在經濟學教科書上必被提及的例子就是「房租價格上限管制」，原本政府的用意是認為這樣做可以讓窮人也租得起房子，想不到這未必能造福窮人，而且還造成城市的破敗蕭條；這個著名的典型例子較為複雜一些，筆者留待於本書第一章中再介紹。而同理，當 SARS 傳染病流行期間，台灣當局想用訂口罩的「價格上限」打擊哄抬物價；結果卻使得民眾買不到口罩，更嚴重危害民眾的生命健康；哄抬物價固然可惡，但在緊急情況下政府是否應該考慮利用市場法則（即市場競爭）的方法來自然解決這個問題。

顯然，法律的「傳統主義者」不在乎判決所衍生的實際社會後果。傳統主義者滿腦子只直覺到「正義」，而後做出直覺式的立法或政策，卻完全不管這些立法或政策是否能達到目的或反而得到背道而馳的結果。正如 Posner 所說的，「..

³ 請參閱 Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (以下引為 **PJ**), Cambridge (Massachusetts) 1990, p. 424-425.

Posner 自己在「傳統主義」的陰影尚未完全結束的時代中接受法學教育；他又說「傳統主義」是在「現實主義」（即 American Legal Realism）受挫以後所繼之而生的（請參閱 **PJ**, p. 424）。而吾人知道，現實主義法學有主張法律並不存在於法規（成文法及判例）中、而是存在於「法官所即將下達的判決中」的激進傾向。反之，在 Posner 受教育的時代，法學思潮一下子又轉向保守的另一極端去了。這又一次驗證了 Herbert. L. A. Hart 在 “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” 一文所說的，美國的法學是擺盪在主張法官勇於造法的 “Nightmare” 與象徵（據說）法官可以永遠不必有任何創造性的活動的 “Noble Dream” 這兩個極端之間。這種兩極化似乎是美國法學的宿命。關於這一點，筆者在拙著《德沃金與法學方法論》一書的第 5.1.1 及 5.1.1.1，還有第 6.4 段「結論」中，已有詳細的介紹。

在美國的法律專業人員中卻存在著這樣一種趨勢；他們將法律看作是一個邏輯概念的自主體，而不是一種社會政策的工具。經濟學的考察能使法學研究重新致力於對法律作為社會工具的理解」⁴。

法律經濟分析學派對於法律的傳統主義者之「既笨又頑固」，只知唸著「正義」的口號而卻完全脫離現實地「盲幹」，自然是嗤之以鼻。而可想而知，法律經濟分析學派對於自己懂得由經濟學的訓練中去從事「實證經濟分析」，是感到極為自豪的，認為這充分顯示此一新的方法之優越性與實用性、能真正充當政策工具而改變社會往所欲的方向去。正如蔣兆康教授所下的評語：「法律的實證經濟分析因而完全改變了支持或反對那些規章的理論依據，消除了那些論證那些規章正確性的明顯正當理由，...提出了一系列更為深刻、複雜的問題」⁵。從此，政策與法律制定者應該要問「什麼是法律的可能效果？它實現了嗎？法律達到了自己的目標了嗎？而傳統法學家卻由於缺乏統計學、經濟學方面的訓練而只能用語言而不能用詳盡的實證統計資料來討論法律效果的問題...」⁶。

0.1.2 批判性的迴響

雖然，在二十世紀六〇年代那個風起雲湧的時代中，法學隨即就受到了各種其它學科的猛烈衝撞及滲透、無異是向法律的自給自足性挑戰⁷；但是，由 Posner 在 1973 年出版《法律的經濟分析》以後多年之間所受到的批評來看，抱持上述傳統心態的法學家絕對是綿延不絕的，故許多批評也不過就是出於守舊心態下非理性的偏執以及誤解而已。

但是，也有許多批評者確實是指出了重要的問題，這些質疑是 Posner 必須認真面對並回答的，而 Posner 隨後也的確做了若干嘗試來為自己的法理學做辯白。是以，縱觀過去的法理學界對 Posner 學說的倫理基礎之種種反應，言之有理、或至少足以發人深思的精闢針砭，大致上可以歸結有下列四項：

1. 法律欲實現正義或正確的倫理價值，而正義或正確的倫理價值並不能被化約等同於「效率」或 Posner 所說的「財富最大化」(wealth maximization)，故法律與經濟學所追求的是不同的價值，經濟效率不是法律的最終目的⁸。就算法律中也有對效率的追求，但那也通常限於涉及市場交易的法律領域，至於非市場交易的領域，經濟分析是派不上用場的。而且就算在涉及市場交易的法律領域中

⁴ Richard A. Posner,《法律的經濟分析》中譯本原作者序，在：法律的經濟分析（上冊），蔣兆康譯，北京 1997，II 頁。

⁵ 蔣兆康，《法律的經濟分析》中文版譯者序言，在：法律的經濟分析（上冊），蔣兆康譯，北京 1997，中文版譯者序言部分之 23 頁。

⁶ 同上。

⁷ 請參閱 PJ, p. 429.

⁸ 請參閱 Richard, A. Posner, *Economic Analysis of Law*(本書第五版在以下直接引為 **EAL**), 5. edition, New York 1998, p. 29.

有追求效率，但仍以不與正義發生衝突為原則。則總而言之，在一切法領域，經濟效率皆不是法律的最終目的。

2. 如果幸福的感覺是人們所追求的終極目標，也是法律之所以存在的終極目標；然而更多的財富未必一定讓個人或社會眾人感受到更多的幸福，所以法律以促進財富最大化為目標是錯誤的。

3. 就「法律的安定性」及「權利的保障」這兩大法律所追求的傳統價值而言，法律經濟分析將造成毀滅性的結果。因為法律經濟分析的興趣只在於追求降低未來的社會成本（即防止未來發生對社會造成高昂代價的事故或不合效率的交易，以免減損社會財富、或是說白白浪費社會資源），故 Dworkin 教授稱其為「向前看的工具主義之圖謀」（forward-looking instrumental program）或是「實用主義」（pragmatism）⁹。既然是只關注增加未來社會財富為目的，則這種學說在司法中必然導致完全忽略既有的法律已經賦予人民什麼既定的權利。因為法官必須在每一個個案中審視如何判決才能夠增加社會財富，而不是單單注意每一個訴訟者在走進訴訟之前，就已被法律賦予什麼其應得、應受保障的權利。依法律經濟分析學派之見，如果讓某一訴訟者獲得其法律上既予的權利而卻會減損社會財富時，那就應該否認其權利；或者說，法律經濟分析甚至否認既有法律素材中已經賦予人什麼固定的權利。於是 Dworkin 批評道：「工具主義否認任何已成型的政治實踐史已經提供人民真正的權利義務基礎、憑此可用來與法庭抗衡。工具主義的結論就是司法過去的實踐〔全體判例〕仍沒有製造出任何司法的權利。工具主義相信法官沒有受制於判例去違背替未來社會發展找到最好之判決的義務」¹⁰。

雖然 Dworkin 批評法律經濟分析學派是「只知向前看的工具主義」，但是 Posner 不但不否認，而且還認為這本來就是一件天經地義、很光榮的事。Posner 說：「對經濟學家來說，事故是既已發生的故事了，其所招致的成本已是沈沒成本（sunk costs）。經濟學家的興趣是在於如何避免未來不符成本效益的事故再度發生，也正因此，經濟學家其興趣是減少事故的數目、及降低預防事故所需的成本」¹¹。

此外，當 Dworkin 譴責 Posner 是「實用主義」、「只知向前看的工具主義」時，我們由 0.1.1 段的論述已經知道，「實用主義」、「向前看的工具主義」對 Posner 而言卻是正面的名詞。可見兩人的基本立足點就是南轅北轍、道不同不相為謀的。

Posner 在《法理學問題》一書的第十五章已表明，他根本不相信所謂的法律的「形式主義」；Posner 所謂的「形式主義」就是指：相信法律是一個精密的概念及邏輯體系，運用某套法律方法論訓練所提供的種種推理方法，就能替當下案件「發現」既有法律替它早已準備好的權利或義務¹²。既然 Posner 本來就不相信既有法律早已經給當下案件的訴訟者準備好特定的答案而僅待法官去「發現」此

⁹ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (以下引為 LE), Cambridge (Massachusetts) 1986, p. 225.

¹⁰ Ronald Dworkin, "Natural" Law Revisited, in: *Florida Law Review*, Vol. 34 (1982), p. 165-188; p. 183-184.

¹¹ EAL, p. 28.

¹² 請參閱 PJ, p. 454-456.

既定的答案，則法官當然能夠以「替未來社會發展找到最好的出路」為標竿來決定如何下判決。這是法律經濟分析學派的擁護者們對「法律是什麼」的理解；正如 Cooter 與 Ulen 在其著作中亦引用 O. W. Holmes 的話來表達這種對法律的看法：「法律的生活未曾是邏輯性的：它一直是經驗性的。...時代所感受到的需求、流行的道德和政治理論、公共政策的制度...，甚至法官與其同事所共同抱持的偏見，在決定什麼是應該統治人們的法規上，比邏輯演繹的成分要起更大得多的作用」¹³。

一言以蔽之，Posner 對法律根本理解就和 Dworkin 正好相反（Dworkin 堅持既有的法律之中早已經為每一個案件中的訴訟者準備好了既有的權利或義務，雖然這個法定的權利或義務的發現倒也不是只靠翻閱法條就可以直接完成，但是 Dworkin 堅信法官藉著一套「建構性的解釋」（constructive interpretation）方法一定可以發現那預先存在的「唯一正解」）。套一句 Thomas S. Kuhn 的話，Posner 與 Dworkin 兩個人彼此是「不可共量的」（incommensurable）、無法對話溝通的，因為一開始彼此對「法律是什麼」的根本理解就不同了¹⁴。

4. 社會財富最大化並不能自動解決社會貧富不均的問題，效率和平等不僅沒有必然的互為正比關係，而且經常還是處於矛盾對立中。一味地強調效率，是忽略了個人不可被犧牲的生存發展權，而此一基本人權並不能以追求群體的利益為理由而被凌駕、被視若無睹，否則就是患了類似功利主義忽略個人權利的致命弊病。

筆者在此鋪陳出對法律經濟分析之常見的批評，只是先為讀者呈現問題的梗概，而當然不是要在這篇「導論」中就去徹底嘗試解答這些問題，因為這正是這一整本書所要完成的工作。對這些論爭，要探討究竟誰是誰非，除了要回顧 Posner 在其整個著作中的主張、特別是他自己針對這些批評的辯白之外，更要對不管是批評者們或辯護者們（包括 Posner 的自辯）的學說之基本立場或信念、其推論以及語言（概念字義）的使用進行綿密的語言分析，而這自是一個極為龐大的工程。在本「導論」中，筆者旨在先介紹本書的段落結構，即本書探討問題的條理安排，以及先附帶點出 Posner 思想的核心問題。

0.2 本書的內容綱要

本書探討的順序，簡而言之，是循著「經濟」、「法理學」、「法律個案分析」三個主題展開的，而後再加上一篇筆者個人為倫理價值重新作一個奠基的嘗試；最後自然再給予一個「結論」來終結本書。以下將一一介紹為什麼要循此次序及

¹³ Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law & Economics* (以下引為 **Cooter/Ulen, L&E**), 3. edition, 2000, p. 57.

¹⁴ Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution*, Chicago 1970, p. 157.

每一篇的目的。

0.2.1 經濟篇

首先要談的是「經濟」，因為我們知道，Posner 是以「經濟學對人性的基本認定」來獲得其理論建構的最初靈感、以及為什麼經濟學可以運用到法律之中的理據。

在此，聽到要涉及「經濟學」，有些法律系學生可能馬上就嚇壞了、準備要打退堂鼓了。在此，筆者可以向這些讀者保證，法律經濟分析絕對不因爲借助了些許經濟學的知識而會產生理解上的困難；因爲 Posner 只不過是運用到經濟學對人性是「自利」、「理性」的設定、即在經驗世界中已被人類的行爲一再驗證的「**人會選擇有效率的方式使用手上的資源去追求最大的滿足**」之人性事實法則而已。這個法則，就算沒有學過經濟學，僅憑每一個人的自然理性，一樣可以直接理解。正如 Posner 本人在《法律的經濟分析》的序言中也說道：「在本書中對經濟學的闡釋強調的是經濟學諸般法則的一貫、簡單、及有力，但也強調經濟學法則的細緻性。本書對經濟學的展示是非正式的。讀者並不被預設需要先擁有對經濟學或數學計算能力的知識」¹⁵。

例如：某人最愛吃牛肉，而第二愛的是羊肉（吃起來比牛肉略少一些快感），其它東西都不吃。而他不論是吃牛肉或吃羊肉，吃越多數量時，都以**完全相同的比率**感到快感漸漸減少。在此情況下，當牛肉與羊肉的價錢一樣高時，他購買牛肉的數量會超過購買羊肉數量。但是有一天牛肉價格上漲，而羊肉價錢不變，則他應該會減少牛肉的購買數量而多買一點羊肉（但詳細的決定方式，即到底各買多少、牛肉或羊肉哪一種買的較多，則要看牛肉上漲的幅度、及牛肉與羊肉原初帶給它的快感程度之差別而定）。

又例如某製造商僅以賺錢爲目的；當幾個客戶出不同的價錢要向他買產品時，該製造商會把貨賣給出價最高的人。又他在購買原料時，若不同供應商的原料品質都一樣，則他會向售價最便宜的供應商購買。

或者說老王有現金一百萬元，放在銀行一個月可生利息五千元，另外他還有時間，故可以去受僱上班，又假設有人打算僱他當管理員，月薪三千元。但是現在有人邀老王一起做生意打算買賣一批貨，他答應了，於是老王把現金全都從銀行領出來，足足忙了一個月後終於將貨物賣掉，得到一百萬零七千元；而老王算了一下「成本」，發現這一個月來買貨、運費、倉庫費、與人談生意用的交際費...全部加起來總共剛好是一百萬。老王可以很高興地說「總收益（total revenue）一百萬零七千元，扣掉『成本』一百萬，我賺了七千元！」嗎？當然不可以。因爲如果老王不做生意，其一百萬可放在銀行生五千元的利息，另外他還有時間，

¹⁵ EAL, p. vii.

故可以受僱再領三千元的工資；因此老王去做生意真正的「成本」（經濟學上叫「機會成本」（*opportunity cost*）或「經濟成本」（*economic cost*）應該是一百萬零八千元；結果，他去做生意只讓他得到一百萬零七千元的總收益；倒賠一千元，何苦來哉！如果老王也是理性的話，他就不會選擇做生意，除非做生意會帶給他另外一種精神上的滿足感（而這種滿足感讓老王覺得至少不低於一千元的價值）。

筆者相信沒有人會不了解這些例子，而這些也就是 Posner 所運用的經濟學的概念及法則，也就是所謂「個體經濟學」（*microeconomics*）在談論的個人或廠商如何做消費或生產（產量、定價、生產資源配置）的選擇，以期待能達到最大的獲利（滿足）時所用的一些概念或經驗法則。這些基於不斷被人類的行為驗證的經濟學人性觀及法則是 Posner 的整個法律經濟分析思想的哲學基礎，也就是他的代表作《法律的經濟分析》第一章的內容，自然有極大的重要性。

因此筆者在本書的第一篇，就主要是以 Posner《法律的經濟分析》第一章為標的而加以闡釋。另外，本書第二章則以介紹「新的」法律經濟分析思潮的開創者、1991 年諾貝爾經濟學獎得主 Ronald H. Coase 的學說為主；藉此讀者將能深切掌握法律經濟分析學派的根本理念，往後的閱讀與研究便能覺得游刃有餘。而本書第一篇也就是包含這兩章。而這個「經濟篇」的內容固然包含經濟學，但也含有濃厚的哲學思辨氣息，而且它與法律也休戚相關，因為例如讀者在第五章中將見到，Posner 在探討財產權時，是如何大量地運用經濟學家 Coase 的學說；若不熟悉 Coase 的學說，將無以了解 Posner 對「財產權」的討論。

如前所述，雖然，沒有修習過經濟學也無礙於閱讀本書，不過筆者當然仍是建議求學中的學子們若是有心深入研究，最好能趕緊撥一點時間去聽個經濟學的基礎課程。Posner 所用到的經濟學知識，不出大學經濟學課程首先會教授的個體經濟學之基本概念，聽課理解上不會有任何困難，而且可以讓人從此熟悉經濟學的語彙，自然讀起本書或其他法律經濟分析的作品就會更為心領神會、得心應手，這是自然的道理。要不然，若是忽然出現像「機會成本」（*opportunity cost*）、「沈沒成本」（*sunk cost*）、「外部性」（*externality*）、「消費者剩餘」（*consumer surplus*）、「完全競爭市場中廠商只能獲得正常利潤而無超額利潤」...這些概念時，雖然這些都是在經濟學課程中老師一解釋就會懂的簡單概念，但是要在本書中從頭解釋，又會耗費太多的篇幅。

是故，筆者的折衷做法是，在本書第一篇的兩章中，於正文之中就陳述自然理性即可理解的經濟原理，即使未念過經濟學的人也可以順利將本書繼續讀到完。而涉及需要初步經濟學知識才較好理解的論述，就將之放在註腳中，以待有需要者在趕緊補上些許經濟學課程後，再回到這些註解中咀嚼一下。期望這是妥適而有效的做法。

0.2.1.1 Posner 學說的終極三大難題

縱觀本書第一篇對 Posner 將「效率」（*efficiency*）或「財富最大化」這種經

濟目的當作法律的標竿之思想加以反省，將觸及了不少價值哲學上的難題。而依筆者之見，這些問題不外可歸結為以下三點，這三點問題正是整個 Posner 學說的核心困難、在他討論任何法律領域的案例中皆未能被解決的難題，也是研讀 Posner 的思想時，從頭到尾、無時無刻都應當記在心中的：

1. Posner 所講的要追求財富的「最大化」究竟是什麼意思（這是一個嚴重的問題，不能囫圇吞棗、語焉不詳地蒙混過去，而是要說得清清楚楚）？是大家都增加財富（又彼此增加的比率合理嗎）？或是只有一部分人增加但其他的人至少沒有減少？還是有人增加、有人減少，但只要增加財富者所增加的量大於減少者所失去的量就可以了（即社會財富「總量」增加）？如果法律制度的設計讓社會財富「總量」增加，但有一部分人的財富卻是減少的，這難道不會不公平、不正義嗎？那麼要如何正當化這種造成一部分人獲利、另一部分人卻蒙受損失的情況呢？對於某一種既存的社會上財富分配方式，經濟學能告訴我們這已經達到公平正義的標準了或是尚未嗎？如果尚未，那經濟學能不能告訴我們應如何調整財富的分配？

2. 「財富最大化」一定帶來幸福嗎？人的所有各種幸福都可以用財富換取嗎？會不會有時候人更大的幸福之源是財富以外的事物，而要得到它正好必須放棄全部或部分財富？那在這種情形下我們為什麼還要單單只追求「財富最大化」？為什麼不是追求「（較小的財富）+（其它能產生更多幸福滿足的事物）」？為什麼不是綜合考量各種幸福之源相互組合而能產生的幸福結果？

3. 如果「財富最大化」並不是在一切情況下都等於「最大的幸福」、甚至有時候「財富最大化」還正好帶給某些社會成員痛苦而違背正義（例如我們要犧牲某些社會成員的尊嚴使其痛苦，才能促成社會總體財富最大化），那要請問 Posner 能不能劃清範圍、或至少提供一組抽象的準則以供人判定哪一些法律案例是財富最大化哲學可以合理適用的、哪一些是不能適用案例？也就是說，在這些案子中，經濟學的觀點不但不能適用，而且用了不但產不出最大幸福，甚至還要得出違背正義、踐踏人性尊嚴的後果，讓很多人感到不幸福。

而上述這三個問題，其實是一脈相傳、本質相通的。而這些問題雖然在第一章中會被詳細討論，但筆者認為為了先讓讀者透徹了解這三個被提出的問題的意思是什麼，在此「導論」中就可先略加以說明。

0.2.1.2 對 Posner 學說三大難題的說明

如前所述，Posner 的整個思想立基於「經濟學對人性的基本認定」，而經濟學的人性觀就是認為人是「自利」或「顧念一己之利益的」（self-interested）。而且，人就實現「自利」的觀點上而言，其行為是「理性的」（rational）；「理性」在經濟學的意思即是指效率、即「懂得如何選擇花費最小的代價來獲取最大的『滿

足』」。把這兩個對人性的基本認定綜合起來說，就是 Posner 不斷強調的：人是「有理性的(選擇有效率的方式)最大化(自己的滿足)者」(**rational maximizer**)。

人想追求的「滿足」是主觀、多樣、無所不包的；依經濟學的看法，人有效率地利用手上的財物資源可以是為了買到最多的美食、休閒、官爵、名聲、求學獲得知識或拿學位的機會...等等，端看每個人其「滿足」的所在是什麼¹⁶。或者，人有效率地運用手上的財富就是要獲得儘可能最大的財富（就如經濟學在談廠商的選擇策略時是如此的）；但是在這裏，所獲得的財富仍是追求滿足的手段（工具）而已，即賺到錢的人最終還是想拿錢去換取美食、休閒、官爵、名聲、知識、學位...等等讓他感到滿足的事物，他只是覺得自己有作生意的機會與能力，所以想先用錢滾錢、先把錢再變多，以便換取更多的滿足。

由上面的論述可得到兩點小結：第一，財富為幸福（滿足）的工具。第二，人會以有效率的方式使用資源，以求憑藉有限的資源去產出最大的滿足或最大的用來達成滿足的工具（即財富本身）。

所以，Posner 認為一個懷抱促成社會幸福的法學理論，應該是以追求「財富最大化」為目標，它應教導人如何透過法律制度的設計，對社會資源做最有效的運用、避免資源的浪費，並產出最大的財富量。然而，就是因為這樣的推論，造成了 Posner 學說上述的三大難題，茲闡釋如下：

第一，一個法律制度通常是要型塑出讓社會上每一個人在物質上能享有一定水準的生活（即追求平均）。但如今 Posner 卻言要將「資源有效率配置套用到法律制度上」。而「資源有效率的配置」只能保證社會財富總量最大化，並不蘊含財富分配是平均的。則「資源有效率的配置」是什麼意思？是不是意謂著下列的事都是可以的：例如，是否法律制度應減少或取消對社會沒有生產力的人（植物人、弱智者、老人）的照料以減少資源的損耗（即減少或取消對資源的無效率配置）？是否法律以賦予社會上生產力強的人越多的權利以方便其大顯身手（資源的有效率配置）？總之，「財富最大化」是什麼意思？是大家都能增加財富？還是社會上財富總量變大就可以了（即增加財富者所增加的總量大於減少者所失去的總量）？如果是後者，那損失者為什麼要支持這種社會及其法律體制？而法律選擇犧牲這一部分人的正當性基礎又何在？如本書以下將反複論述的，Posner 根本就沒有保證他所設計的那種企圖促成「財富最大化」之社會制度能讓人人都成為獲利者。那麼，這種「財富最大化」的社會，就「分配正義」的觀點，Posner 至終未能提供令人滿意的回答。而這個困難就肇因於 Posner 無法終極地克服「財富最大化」與「分配平均」這兩個目標的不必然相連性。

第二，法律經濟分析學派若是激進地絕對化「財富最大化」的價值就會產生第二個大難題，因為若絕對化「財富是獲得幸福的工具」，就可能忽略了人生之中還有其它的幸福之源，而要追求或保持這些幸福之源，在人間經常會與追求或

¹⁶ 而這種「求自我滿足（求自利）」也可能是透過「利他」的方式來實現，例如有的人以看到窮人能吃飽、有房住、能上學為樂，則他也會希望透過其手上財物資源的運用讓最多的窮人能吃飽、有房住、能上學（請參閱 EAL, p. 4）。

保持財富發生衝突。筆者並不是說財富本身會帶來滿足的破壞。財富本身是無害的，所以我們爲了追求幸福而盡力追求財富本來也是沒錯的，只要追求財富時不必以犧牲什麼其它可貴的事物爲代價（即只要衝突不存在）；但是偏偏在這個不完美的世界上，有時想追求或保持財富，是會和其它被我們也珍惜、也視之爲幸福滿足之源的事物發生相衝突的。例如，張三原本月入五萬元，如果其財富增多三倍這件事本身（如果是天上掉下來的），並不會影響其家庭（財富平白變多沒有任何不好）；但是若是「財富增多三倍」是必須透過他出外奔波、很少在家，才能夠獲得，則這樣就會影響其夫妻感情、子女的教養及功課升學。因此張三寧可犧牲很多財富而保有感情及子女的教養，因爲這樣的取捨（五萬元的金錢收入加上家庭幸福）綜合起來能帶給他最大的滿足感（即大於月入十五萬而家庭不圓滿）。如果這個時候有位法理學家硬要張三放棄家庭而去賺那十五萬，理由是必須實現「財富最大化」，則這位法理學家是在無理取鬧、是在替別人決定什麼才是幸福的所在，而他卻根本不了解別人所感受的最大滿足之所在是什麼。因此，提倡「財富最大化」的哲學若是只看到財富爲實現幸福的媒介，卻忽略世間經常出現追求財富會與保存或追求其它可帶來幸福感的事物（例如愛情、榮譽、尊嚴、親情...）相衝突的情況，就有致命性的盲點。顯然，人們經常會覺得賺得的財富比不上所失去的那些其它可帶來幸福感的事物寶貴；甚至有時有人還會覺得某些可帶來幸福感的事物是無價的。那麼，一個學說若完全不能給予人類財富以外的幸福之源一席之地，只是一味地要強迫非追求最多財富不可、但卻硬叫許多人因此失去愛情、榮譽、尊嚴、親情而感覺活得比以前更不幸福，則這樣的學說目的何在¹⁷？

¹⁷ 爲了避免任何誤解，筆者在此有必要對財富與幸福的關係做一更清楚的說明。當經濟學家說：「財富是追求幸福的工具時」，這句話是對的，因爲這句話並不蘊含「一切幸福都必須藉由財富獲得」，而是說「許多幸福是靠財富獲得的」；夠謹慎的經濟學家也都只是這個意思而已。至於不能、或不完全單單能靠財富獲得的幸福（尊嚴、道德、智慧、愛情...），那自然應該用其它的方法去追求，夠謹慎的經濟學家沒有否認、也沒有反對人們再去努力求取那另一層次的幸福（只是這不屬於經濟學的題材而已）。

總之，擁有財富不會妨害人去追求那些事物、甚至有時候還會有點助力，就算沒有助力，至少財富不會是個妨害就是了（有人說有財富會讓人沈迷酒色而遠離道德，這種理由是不成立的，因爲這不是必然的因果；而且「平凡的收入」也有可能驅使一個本性脆弱易受誘惑的人去做出不道德、甚至不法的行爲。又有人說，有財富會使人追求不到「討厭有錢人」的對象，故財富對愛情有妨害；這種理由一樣不成立，因爲這也只是偶然的，因爲有的人反而剛好是討厭窮人，而只希望被有錢人追求）。因此，一個學說主張追求「財富最大化」（如果假設它不存在「分配正義」的難題的話），就這個意義而言是正面的。

固然已經有錢並不會妨害人去追求獲得尊嚴、道德、智慧、愛情，但是有時若要同時追求或保有兩者，有不少時候是會發生衝突的，例如叛國或出賣人格而得到金錢、被父母逼迫要嫁給自己不愛的有錢人（另外一種選擇是和心愛的貧窮的戀人私奔結婚而過貧窮的日子但很快樂）、或是剛才所舉的爲了賺錢而會損害家庭圓滿的例子。在這種意義下，追求財富會和其它幸福之源發生衝突。人的幸福之源是多重的，財富是其中之一。固然財富製造幸福的效力在日常生活中是廣泛且顯而易見的，但它終非是唯一的。當它與其它幸福之源發生取捨衝突時，人一定是綜合考量怎樣組合、取捨這些各種幸福之源才能夠合成最大的幸福感。而在這種考量中，財富當然不是唯一的、也不一定最被重視、甚至可能完全被放棄。如果此時有某種學說硬是規定人要選擇財富，則此種學說豈不是令人莫名其妙。

又如果這種學說不是僅僅站在敦促個人追求自己幸福的立場，而是站在法學家要提供行政者或立法者或法官應該如何做的立場，就變成是要國家藉著某種政策或法律或判決犧牲某些人的尊嚴、愛情...而求取社會財富最大化；則這種學說要正當化自己就有更大的困難。

Posner 提出「財富最大化」當然是反映其認為世界上要談幸福，絕大部分終是離不開鈔票的，只要人還活在形骸世界中，誰都別逞強誇口說其幸福是不需要靠財富的。所以，Posner 雖然也知道金錢不完全等同於幸福（效用），但他認為反正畢竟是「八九不離十」，而且用金錢作標準有避免主觀、即可以科學化地計量的優點，因此他寧可選擇「財富最大化」論述的唯一尺度。然而，筆者在本書中則將是要強調地指出，Posner 的理論建構仍是馳騁到太過廣泛、並且太過輕率的地步了。正如台灣大學熊秉元教授說的極為精闢透徹：「Posner 自己也認為『財富極大化』只是一種逼近（approximate）『效用極大化』的作法；是一種退而求其次、不得已的作法。既然是以『財富極大化』，來逼近『效用極大化』，也就是藉著『財富』來間接反映『效用』或『福祉』；那麼，在財富和效用這兩者彼此不牴觸的時候，運用這個原則當然不成問題。可是，如果『財富』和『效用』發生衝突的時候，還能堅持以『財富極大化』為目標嗎？」¹⁸。

第三，如稍後將敘述的，雖然 Posner 本人並沒有否認那些財富以外的幸福之源及其和財富的追求發生衝突的情境，只是他認為財富的確是最普遍且顯而易見能製造幸福的工具，所以我們原則上應盡力追求財富最大化；至於會發生衝突的情形，Posner 在理論上也說當然應該另當別論；但是 Posner 卻不想討論這些具體的情形，即致命的是，他不願意花費心思、也無法指出哪些案例、哪些處境正是所謂的這種情形。如果 Posner 完全不能告訴我們哪些是財富的追求已經和人類幸福感的其它來源發生衝突了的情況（而且筆者的看法是連已經發生衝突了的情形 Posner 都還渾然不覺地認為沒有衝突、而仍拼命地追求財富最大化為唯一的價值），則這已暴露了上一段落所說的第三個問題、同時也就是說他正在犯了第二個問題的錯誤，即他實際上認為一切幸福都可化約為財富。

因為，表面上 Posner 雖然承認財富以外的幸福之源及其和財富的追求發生衝突的情境，但是他不想、也不能提供判準告訴我們何種境況是那種的情境；則當人們已遇到那種情境，本不該以「財富最大化」為行為的標竿時卻還照樣只單單拿著「財富最大化」為行為的標竿，而 Posner 的學說完全不可能加以提醒或制止，反而只能鼓掌稱是（因為反正根本無法區分什麼情況是不應該單單考慮「財富最大化」的），則 Posner 所謂承認財富以外的幸福之源及其和財富的追求發生衝突的情境，最終只是一句空言。而在實際上等於是讓「財富最大化」成為在一切情境中唯一的價值標準¹⁹。

0.2.1.2.1 Posner 本人對第一個難題的解決策略

Posner 對於這三個問題是有察覺到的，而他也試圖對質難做出回應。雖然對他的回答的探究仍有待以後篇章的討論，但是在此「導論」中，仍可先給予讀者

¹⁸ 熊秉元，約法哪三章？，台北 2002，130-131 頁。

¹⁹ 這就好像有人說：「多多運動是有益建康的，除非是做運動的時機不正確」。但是此人卻又無法指出、也從來無心探討什麼時候是「不適合做運動的時機」，而只是無時無刻一直鼓吹人們去做運動。

們一個概要的介紹。

對於第一個問題，即「分配正義」的問題，Posner 充分地了解到這對他學說的正當性是一個嚴峻的挑戰；因此在他的整個作品中，他採取兩種策略回應。第一種是「逃避」。他說：「經濟學無法對現存的收入及財富分配到底是好是壞、正義或不義這個問題提供答案，...它也沒有答覆『一個有效率的資源配置就社會或倫理的立場來看是否是可欲的』這個終極的問題；又經濟學家也不能告訴我們...消費者的滿足是否應該就是社會最首要的價值；因此，經濟學家探討法律體系的能力是是有限的。他能預言法規對市場格及效率所將產生的後果...，但他不能夠下命令去規定社會應如何被改造」²⁰。意思就是說「財富最大化」導至的社會財富分配狀況就算你們認為不妥，也不必太在意，因為這只是經濟學家呈獻出來的一個作為「建議」的社會工程藍圖而已。至於這個設計在道德上好不好，就留給倫理學家去判斷吧！法律經濟分析的功能只是告訴我們若追求這種目標就會產生這樣的社會情況，如果倫理學家認為這樣的社會情況是不善的，則可以不採納之。

雖然，Posner 曾經講了這樣的話，但是觀看他在其它地方意氣風發的論述，就讓人懷疑他真的把法律經濟分析限制在如此「謙卑」的企圖上。Posner 寫了數量驚人的著作、處理了那麼多的個案，在這些個案或問題類型中，他侃侃而談財富應該在當事人之間如何分配，累積起來等於 Posner 已經對全面社會生活領域中應遵循何種權利分配、何種價值取舍法也表達了他的意見。照理說他這一切都應該只是他謙卑「建議」而已。

但是事實似乎不是這樣的。就以「財富最大化」哲學一貫地堅決反對社會上沒有生產力的弱勢者也能被分配到生活物資而言（照理這種價值觀也應是一種「建議」而已），Posner 的口氣說得非常肯定：「財富最大化進路的另一個意旨是..那些缺乏充分的能力去賺取維持最低像樣生活水準的人，是沒有資格對社會資源的分配有發言權的。...如果一個人恰好天生是弱智者、而且其社會生產淨值是負數，他應沒有權利獲得社會資源來支持其生活，儘管其無力謀生並非肇因於其本人的過錯。這個結論觸怒了現代人的理性，但我認為它與諸重要的倫理學體系完全相符合」²¹。

顯然，「建議」這種說法是太虛偽了，世界上有誰在寫了那麼多篇幅之後，只是想提出一些自己對自己所說的一切都不置可否的「建議」而已呢？何況 Posner 在《法理學問題》一書中也試圖建立「財富最大化」哲學的權利理論，可見 Posner 的學說當然蘊含一套其所信仰服膺的財富分配之價值觀。

Posner 的第二個策略是為了在倡導「財富最大化」的追求中，避免最容易遭人指責的難題，即：「財富最大化」如果不能保證大家都增加財富、而經常只是社會上財富的「總量」變大（即增加財富者所增加的量大於減少者所失去的量），

²⁰ EAL, p. 15. 這種「逃避」其實是一種「謹守本分的謙卑」，其實是很好的；只可惜 Posner 並非真心如此，在本書以下、乃至終結都將不斷闡述這一點。

²¹ Richard A. Posner, *Economics of Justice* (以下引為 **EJ**), Cambridge (Massachusetts) 1983, p. 76.

那損失者為什麼要支持這種社會呢？而國家（法律）選擇犧牲這一部分人民的正當性基礎又何在？

對這個問題 Posner 費盡了苦心試圖解決，他的方法就是希望將一切人類生活領域化為自由市場、自願交易的型式，因為在自願的交易中人人都是獲利者（否則人不會自願進入這一個交易）。這是 Posner 學說的重頭戲，也是貫穿其學說的核心企圖，極為重要，在本書中從下一章起就會不斷被闡述。

0.2.1.2.2 Posner 本人對第二及第三個難題的答覆

對於可以一起談論的第二個及第三個問題，如前所述，Posner 一樣有清楚的意識到，但是他依然沒有了解問題將可能會有比他所想像更為嚴重的後果。

如果一位經濟學家說：「法律經濟分析學派認為法律應該在一切領域中的一切案件都單單追求經濟效益；而一切正義、一切道德價值、一切幸福，說穿了都不外是基於財富的最大化！」；那麼，他這句話絕對是誇大了，至少 Posner 本人沒有這麼輕率的說法；或許只是該學派中其他的學者有傾向這種較為激進的看法，例如 1976 年諾貝爾經濟學獎得主 Milton Friedman 的兒子、素來以激烈地擁護自由市場而出名的 David D. Friedman 說：「...我已經把經濟效率當成一個規範性的標準（normative criterion）來討論，即其乃決定法律應該是什麼的方法...。而在立法的機制中，以金錢來作為衡量的價值比用一些抽象的幸福之單位來被衡量的價值更切合實際」²²。在討論刑法問題時他說：「我們從經濟效率開始，而最終所得到的結論合理地完美符應既有的法規及我們的諸般倫理直覺」²³。他又說：「...正義無法適當地解釋法律，一則是因為多到令人吃驚的數量的法律問題和正義無關，二則是因為我們沒有適當的理論去判定哪些法規是正義、哪些又是不正義的。在極大的程度上，我們的正義直覺是〔受制約〕的結果，而不是原因——我們認為某些法規是正義的，是因為我們從小是這樣被教大的。...在許多、雖然很可能並非全部的案件中，顯示我們認為我們是因為正義才給予支持的那些法規，其實是因為它們是有效率的。為了讓這點更清楚，當我進行分析時，我已選擇完全忽略正義的問題」²⁴。他還說：「『我們應該選擇正義的法規』這種話，雖然在情感上令人滿意，但卻不帶有多少實際內容。經濟價值可能只捉住了我們從一個法律體系中所想期待的部分，但至少經濟理論告訴我們如何得到它。...據我的經驗，那些主張『就算天會塌下來也要實行正義』（fiat justitia, ruat coelum）的人，都全是那些相信事實上實行正義天也絕不會塌下來的人所在叫嚷的。...當我們在發展法律經濟分析時，我們必將目睹正義與效率的驚人符應」²⁵。

雖然上述這些話透露出 Friedman 「價值不可知論」的傾向，但他說話還是略有保留，未必到達全然天真地以為一切正義全部可被化約為效率的地步。但由

²² David D. Friedman, *Law's Order*, Princeton 2000, p. 24.

²³ 同上, p. 230.

²⁴ 同上 p. 5.

²⁵ 同上 p. 22.

於 D. Friedman 本人缺少價值哲學思辯的訓練、無力從事倫理學上探討非客觀數據可計算的價值，因此他採取了一種存而不論又兼帶著冷嘲熱諷的態度來輕率地輕忽掉價值的問題。但他卻也沒有提供堅強的論據去說明為什麼財富就可以成為價值的一種、甚至唯一的價值？是基於它能帶給人類幸福的事實嗎？但筆者認為，問題比他想像的複雜多了；筆者之前也說過了，之後也還會再闡述。

至於 Posner 本人，他的語氣比 Friedman 顯然更懂得保留；顯然比起率性魯莽的 D. Friedman，老成持重的 Posner 隨時都懂得小心翼翼地講話來保護自己。

Posner 說了一系列的話來表明經濟分析視野的限度。他說：「...當效率這個術語在本書中被用來指稱能使價值得到最大化的資源配置時，其充當社會決策的倫理標準之功能是有限的」²⁶。「...正義的概念中並不僅僅涉及效率。...在本書中將以經濟學的觀點努力解釋...，但大多數都得不到解釋；在評價本書中的規範性主張時，讀者必須記在心中：正義的內涵多於經濟學」²⁷。「.. 最大化財富與最大化幸福並不是同一回事」²⁸。「財富最大化並不是對會影響法律的善或公正的唯一詮釋」²⁹。「..我希望自己沒有已經把這種〔經濟分析〕進路過度販售」³⁰。「如果本書就其所涉獵的領域來看似乎過於有野心，則我只能以下列的強調作為辯護：本書只是探索性的，而非界定性的」³¹。

但是另一方面 Posner 又說：「雖然本書並不是要努力去把效率當作唯一可欲的社會選擇標準去捍衛；但是，本書的確是這樣假定、而且大多數人也應會同意，效率是一個重要的標準」³²。「幸福是財富最大化能導引產出的終極產品之一」³³。「...雖然本書中的許多特定的經濟學運用和判斷都是、並將長期繼續存有爭議，但是如果讀者能被經濟學進路對本書考察的主題所具有的力量 — 儘管不是無所不能 — 所說服，也就達到本書的目的了」³⁴。「正義的第二種含義，也許是最普通的含義，是效率。...在一個資源稀少的世界裡，浪費應被視為是不道德的」³⁵。

在此，我們看到，Posner 好像反反覆覆，一會兒講正面的話，一會兒又拉回

²⁶ EAL, p. 13.

²⁷ EAL, p. 30-31.

²⁸ EJ, p. 62.

²⁹ 同上，p.115.

³⁰ 同上，p. v.

³¹ 同上，p. vii.

³² EAL, p. 13.

³³ EJ, p.108.

³⁴ 同上，p. v.

³⁵ EAL, p. 30.

而由於我們的世界的事實是資源匱乏的，那麼，在一個資源稀少的世界，能夠促進經濟繁榮本來就被注定會是功德無量、造福蒼生的事、也就自然成為應被追求的正面價值之所在。故法律既然以促進人民福祉為目的，自然有許多規範會指向促進經濟效率。例如民法中「債權平等（一物二賣）」、「善意取得」、「由最易避免風險發生者承擔預防風險的責任」...等等規範，都指向增加效率、減低交易成本、促成社會繁榮為目的。而 Posner 也指出，在普通法中其實法官常常在沒有充分的意識下，仍是被隱性的直覺帶往符合效率的判決；或是有意追求效率，但故意不明講。他說：「但是通常，法律判決的真正理由與其說是被法官的特殊修辭所闡明、還不如說是被遮掩。...發現到許多法律原則是立基於未被明言的對效率的追求，將不令人感到驚奇」（EAL, p. 27）。

到反面（這種正反面相隨的說話在其著作中到處可見，這是他精明小心的個性之下，保護自己學說的一貫手法）。當然，Posner 的這看似一方面保守、一方面卻又自信滿滿的兩類命題，並沒有犯任何邏輯上的矛盾；也就是說，看似有所保留與看似較為自信的兩種陳述，並不是真正衝突不相容的；Posner 的意思只是說：雖然財富或效率並不能在一切情況下都等同於正義或道德價值，但是至少在許多情況下（但並非在一切情況下）正義或道德價值其實是繫於財富或效率的；或者說，財富或效率是很「重要」的，但並不非在一切案件中都是「唯一的、或決定性的」。

這樣的陳述並無邏輯上的矛盾；顯然 Posner 早就注意到措詞的技巧，以避免遭受攻擊指責。

至此 Posner 的話雖然沒有犯邏輯的錯誤，但是他卻沒有顧慮到其法律經濟分析方法的一個嚴重後果。因為，（如他自己承認的）如果「效率」或「財富最大化」並不是在一切情況下都等於「正義」、甚至有時候正好違背正義；而 Posner 雖然清楚地知道這一點，但又無力提供一組準則以供人判定「**哪一些法律案例是法律經濟分析可以合理適用的、哪一些是經濟學觀點的適用範圍界限之外的案例，在哪些時候（案例）經濟效率是決定性的要素，哪些時候則不是、而必須要援用其它的價值為決斷的尺度**」，則這樣的學說就蘊含著相當的危險性與不完備性。因為，我們將無法判斷，當我們把效率的尺度運用到一個案件時，到底碰上的案件是適合使用效率的觀點的嗎？或者該種案件根本不能使用效率為思考的尺度，否則就要得出荒謬或不人道的結果。

而 Posner 本人做了巨量的個案分析，那麼他這麼做的意思又是什麼？他的意思是說至少他書上處理的一切個案正好都是適用法律經濟分析觀點的？或者是說他雖然用法律經濟分析觀分析了這麼多個案，但是到底結果合不合宜，他不置可否、也不敢確定，只是姑且廣泛做做嘗試探測而已，是非對錯則留給讀者自行判斷、自行負責？

例如，Posner 分析美國聯邦最高法院有關種族問題最著名的案例 *Brown v. Board of Education* 1954。最高法院判決州立的學校不可以再實施學童的黑白分校。但是，由於白人強烈的抵制心態，這個判決不容易被執行（故 Posner 顯然在暗示這是一個愚頑、不務現實的判決）。即使白人最終不得不服從法院，也將用其它方法繼續造成黑白不會同校的結果，例如白人將子女轉到昂貴的私立學校，或花費巨資搬家到只有白人居住的地區，而這對 Posner 而言是不經濟的。Posner 神情自若地建議黑人應可以考慮接受白人的金錢作為補償，這些錢用來改善黑人學校的教育設施，但這些錢的金額下限是不能低於黑人若在黑白合校下所能得到的金錢利益（假設黑白合校將帶來造成黑人在學習及就業上的好處而使黑人收入可增加）、上限是不能高過白人讓其子女就讀私立學校或搬家的成本。Posner 建議黑人應接受白人這樣的金錢補償而成全白人繼續在公立學校中實施種族隔離³⁶。他認為這樣是兩全其美、雙方獲利的辦法。

³⁶ 請參閱 EAL 段落 §26.2.

Posner「建議」(Posner 喜歡故意使用不置可否的語氣讓人捉摸不定他內心是贊成還是曖昧地不置可否，這讓人可以合理的懷疑他在面對「敏感議題」(如種族歧視)上故意用這樣的口氣以避免被批判，其實他內心可能就是贊成的)黑人爲了讓白人繼續保持學童在教育中實施種族隔離措施，可以接受白人的錢而繼續成全白人實施種族隔離，因爲白人太熱愛種族隔離了，不會輕易就範，那不如叫白人付點錢而成全他們吧；Posner 認爲這是兩全其美的方法。但讀者們認爲這是一個一天到晚標榜人道人權國家的知識分子應有的觀念嗎？種族成見的問題應用這種方式解決嗎？

不止是這個例子，我們還請讀者回顧一下稍前在註腳 19 的引文。還有，在「法理學問題」第四篇中 Posner 認爲爲了經濟效率，採取種族歧視並無不妥；依其主張，若某個白人在過去與某有色人種的交往中得到不愉快的經驗，例如該種族的人是較不重視整潔的（雖然該白人知道有例外，即也有愛乾淨的有色人種），於是他在刊登房屋出租廣告時就可以同時註明不租給這一種族的人；因爲這是可以節省蒐集訊息的成本及事後解決糾紛的成本³⁷。

在這些例子中，Posner 法官由他的「唯財富最大化」價值觀派生出來的倫理價值觀絕對會引發重大爭議。很多人會認爲，在這些案子中，經濟學的觀點不但不能適用，而且用了還要得出違背正義、踐踏人性尊嚴、甚至荒謬的嚴重結果，所以 Posner 雖然表面上口口聲聲講「財富最大化不是一切」，但實際上他根本分不出、也不想指出哪些案件中，人類還珍惜比財富能產生更大幸福滿足的事物。而實際上，Posner 學說架構中所能討論、所呈顯的整個世界（就其整個學說的一切案例分析中）是認爲人的幸福除了財富之外便無他物了。

Posner 法官原本非常自豪地認爲自己提出了一個「實用主義」的法理學，即提供了一個「好用」的法律分析工具，可以讓法律成爲執行社會政策的工具來改善社會。但因爲他終是沒有能夠告訴我們如何判斷哪一些法律案例是經濟分析可以合理適用的、哪一些是經濟學觀點的適用範圍界限之外的案例；也就是說，一方面 Posner 強調經濟效率是「重要的」、是我們在這個資源總是匱乏的世界上做決定時至少應加進來認真考量的一個要素；但另一方面他又不能說它是不是、或何時是、何時不是決定性的要素；那我們怎麼知道面對一個案件時該用什麼價值尺度做最後的判準呢？萬一我們在不應該以「財富最大化」爲唯一標準的案件中只考慮「財富最大化」而做了錯誤的判決那該怎麼辦？

在 Posner 的書中我們一再讀到的是他經常在宣稱自己提出一個偉大而實用、解釋力強大的器具³⁸、並且對許多案件振振有詞地評頭論足一番之後，馬上又語氣一轉說他只是用這個器具姑且四處探索推測而已、經濟效率的觀點不是一切、再表示他不敢對任何分析所得的結果下達是非善惡的定論。藉著這種機巧聰明的措辭，Posner 想把須負的責任推得一乾二淨。但是這難道不是一種狡黠的手法而已嗎？畢竟 Posner 是一位法官，他又怎能說他自己所下的判決也僅僅是一些

³⁷ 請參閱 EAL, p. 725 與 EJ, p. 362.

³⁸ 請參閱 EAL, p. 22-23; p. 29-30.

探索推測而已、而他對這些判決的是非善惡不置可否嗎？

如果 Posner 終是沒有能夠告訴我們如何判斷哪一些法律案例是法律經濟分析可以合理適用的、哪一些是經濟學觀點的適用範圍界限之外的案例，則他最終是把我們孤伶伶地丟下了。即當我們在身上帶著經濟效率分析的器具走向一個一個的案件時，豈不永遠只是一種**碰運氣**的嘗試？如果這個器具正巧用到該用的事態上那就好；萬一我們把經濟效率的觀點運用到不該用的事態上，而我們又不知道是否在此個案中是經濟效率或其它的倫理價值才是應該起決定性作用的，那經濟分析的觀點不但談不上「好用」、即不但不能正確地指導我們達到正確的道德價值、不能帶來幸福，反而有時將釀成大災難而為禍世界。

但 Posner 並沒有提出這點警告；也許這樣做對他自己太難堪了。

當然，有人會說，「哪一些是經濟學觀點的適用範圍界限之內或之外的案例」有時會是個見仁見智、爭論不休的問題。你說是、我說不是；我說是、你說不是；我說你把經濟分析的觀點用到不該用的地方了，你卻回答「誰說這個事態不可以使用『財富最大化』為善惡的標準」！例如我說這是踐踏黑人的**人性尊嚴**的判決、黑人感受到痛苦、這痛苦不是其所得到的錢所能彌補的，你卻說這是讓黑人得到幸福的判決、黑人被隔離根本不覺得受辱痛苦、而且還為拿到錢而感到快樂。

那麼，最終我們要問：Posner 建構這套法律方法，其**單獨本身**到底實用性有多大？到底其**單獨本身能扮演多少指導「實踐」(Praxis)**的功能？是不是只能運用在眾人幾乎都沒有爭議的一些案件中而已。而只要有倫理價值上爭議的案件，則眾人還是免不了都要先經過一番激烈的倫理學爭辯才可以決定這個案件能不能允許經濟效率的觀點去起指導作用，或者其它價值觀在此才是決定性的。

然而，上述這個問題也許並不是那麼難被解決，也不必像哲學家那樣紙上談兵地空談「尊嚴」與「金錢」孰重；因為，既然人生及法律的終極指標都是「幸福」、「滿足」而已，那我們就實際去調查看看，例如到底黑人是得到錢而接受種族隔離政策比較快樂、或是黑人們會寧可拒絕金錢而堅持被平等對待。這顯然是最好、最簡單、最公平就能解決雙方爭執的辦法。

但是，筆者在 Posner 的著作中看不到在許多依常理就會讓人敏感地直覺到很有爭議、必須很小心的案件中 Posner 有意訴諸實際的、甚至是簡單的經驗調查之後再決定他應不應該把「財富最大化」當作分析這一個案件的標準，看不到他有絲毫一點謹慎警覺（先不論調查的技術上的問題，因為其實「經濟的實證分析」也是極端複雜的、脫不了方法上的困難與眾人結論的莫衷一是、各說各話）。筆者所見的只是他永遠那麼從容自然地、毫不假思索地就將「財富最大化」這個標準伸進一切型態的案例中了，好像一切都是那麼理所當然的！彷彿一切案件只需考慮財富一項因素！這種天真與毫不敬慎實在讓人震驚。那麼，既然他已經用「財富最大化」的這把尺「論盡天下事了」，則不得不令人懷疑他所說的「財富最大化不是一切」是否還是一句真心話？或至少在他這樣輕率的實際行為下這句話還有沒有發揮任何提醒的意義³⁹？

³⁹ 當 Posner 寫下了巨大的篇幅來鼓吹其經濟分析的方法，卻又說他這些工作只是沒有最後對錯

總之，在本篇中，除了介紹法律經濟分析學派與經濟學相關的議題之外，筆者將探討此學派能否妥善處理人生其它幸福的來源問題：Posner 的學說為人類找到公平、正義、尊嚴、幸福了嗎？還是反而限縮了人類的視野、在不經意間窄化了人類思想所能馳騁的天地。

0.2.2 法理學篇

本書的第二篇將包含第三及第四兩章，分別探討 Posner 對功利主義的批評及他對整個法律體系基礎何在的主張。

Posner 的學說雖然是一種法理學的學說，而且他本人著作量極豐，但是他對基本的價值哲學問題的著力與答覆，雖然是有做過若干嘗試，但就篇幅數量、系統性及哲學思辨的密度與精緻性而言，並不夠充實。這顯然和他宗奉「實用主義」的立場有關，他本質上並非善長精密且有系統的哲學思辨的專業哲學家。

Posner 做了許多個案的分析(論述之中當然有時候或多或少具有一些哲學氣息)，遠多於從事深刻的純粹價值哲學反省、釐清與奠基工作。其著作如《法律的經濟分析》第一章，以及《法理學問題》第十一、十二、十五諸章，可算稍具哲學思辨氣息。但真正較高密度、較有哲學思辨深度的，應首推《正義/司法的經濟學》的第三章及第四章，這是為了回應別人誤解他是功利主義者而作的，在那兩章中，Posner 並且試圖解釋為什麼從「財富最大化」的目標中也可以導出美好的倫理德行、對個人的自主性的尊重、權利的分配方式。

筆者將指出，Posner 這個簡短的努力，距離建構一個完備的倫理價值哲學體系還有遙遠的距離。而且，Posner 作為一個實用主義者，原本也無建構這樣一個倫理學體系的企圖心。不過 Posner 在這一番淺嚐即止的思索論辯中，其基本信念又被彰顯得更加清楚了，對我們洞察了解其學說的根本精神及價值信念有極大的幫助。

事實上，在經過本書第一篇（一、二兩章）的論述之後，法律經濟分析學派在價值哲學上所秉持的基本信念可以說已經被充分闡明了，也就是說，在第一篇（經濟篇）中其實已經含藏極多的哲學思辨；而接下來在本篇之中，筆者透過 Posner 對功利主義的批判及把自己的學說和 Rawls 的思想相比較的立論中，試圖更細緻地讓法律經濟分析學派的靈魂被完全呈現出來。讀者就可以澈底掌握法律經濟分析學派的精神了。而這對我們進入下一個階段，即「法律個案分析」將有莫大裨益。

0.2.3 「法律個案分析篇」

意義的探索而已；這種話恐怕是虛偽的。而且的確也是虛偽的，在下一章 1.3.2.2 段落中，筆者將對此加以指出。

本書的第三篇（包含第五到第十章）是分別列舉各種法律領域的案例（財產法、契約法、侵權行為、訴訟法、刑法、憲法），來闡明法律經濟分析方法的實際運用。由於 Posner 本人做了龐大的這樣的工作來說明這種方法如何被實用在幾乎一切的法律領域案例中，因此在本書中，這個同樣的工作也是不可避免的。在本篇中筆者援引並探討許多例子，就是要反省檢驗這些法律案件是否真的是能用經濟效率分析的觀點得到合理的結論。筆者將指出，在有些案子中是可以的、而且是適切有益的；但是在許多案子中，經濟效率分析的觀點只提供一種偏狹且不妥的視野、並且很可能得到不正義、災難性的結論。

世間的事態無窮，本書中筆者挑選的是筆者認為最具有時代意義、最有倫理學反省意義的案件，一一加諸以語言分析哲學及價值哲學的反省檢視。如此應該便足以說明經濟分析方法的能力與極限，而讀者們也必然有能力在日後所面對的案件中以同樣的思辨方式去反省經濟分析方法在此是否妥適；這已達成筆者的初衷了。

是故，在這一篇中，筆者不是要去列舉超大量的個案，因為這將陷入永無休止的列舉。就好像 Posner 在出版了《法律的經濟分析》一書後（其中探討的案例已經夠豐富了），竟然還有一些頭腦混沌的批評家認為 Posner 此書的缺點是「本書沒有對討論的各種不同的法律問題進行足夠深入的研究」⁴⁰。於是 Posner 答覆道：「這種觀點誤解了本書的目的，本書並不是一本旨在研究美國法律制度的專著，而是一本用經濟學闡述法律問題的教科書；由此，這些問題只能得到例證性的研究，而不能得到澈底嘗試全面的研究」⁴¹。相信聰慧的讀者們都了解筆者與 Posner 法官所表達的相同意思。

如前所述，筆者在此篇中挑選題材以供論述的標準，是那些仍具有極大爭議性、富有被反省批判價值的主題及案例，藉此指出 Posner 分析每一個案件或每一種法律領域時所秉持的根本價值尺度及其觀點是否適當。而這自然是比無窮地列舉一切議題及案例更加的重要。

至於 Posner 在《法律的經濟分析》一書第九到第十三章探討法律管制經濟活動的題目，這正是法律經濟學由二十世紀中上葉由經濟學家們開啓此一學術思潮時的最初議題，本來即發端於經濟學，因此筆者將這些涉及「法律管制經濟活動」（主要即「反托拉斯法」）的問題，已放在本書的第二章就先加以探討了，甚至在第一章中許多的內容也都是關於這個主題的，因此就不在本篇中再重複這個主題了。

0.2.4 為倫理價值重新作一個奠基的嘗試

⁴⁰ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 引自蔣兆康譯，《法律的經濟分析》第二版序言，中文版上冊，北京 1997。

⁴¹ 同上。

筆者寫到這裡，許多聰慧的讀者一定早就察覺到，如果筆者在本書中是要對法律經濟分析經濟學派的方法做一種批判性的檢視反省，那麼筆者又是憑藉什麼價值尺度？也就是說，筆者已經說了那麼多諸如下面的話，如：經濟效率分析若不小心被用在不該用的地方，就很可能會達到不正義、不公平、踐踏人性尊嚴的災難性結果。那麼筆者憑什麼說在某一個案例中經濟效率分析所導至的結果是不正義、不公平、踐踏人性尊嚴的呢？顯然筆者必須先提出價值的奠基、必須從事一個倫理學的建構；而且原本應該放在本書的最前面。

但是筆者還是將這個工作放在最後一章，原因有二。

第一，畢竟讀者們都希望趕緊進入對於法律經濟分析學派思想的介紹中。

第二，讓讀者們在許多案件中，已經看見法律經濟分析學派所遭遇的倫理學難題、並加以批判後，再來從事價值奠基的工作，應是使讀者們更易了解問題的癥結而很快地把握住問題重點的最好方式。對此第二點，筆者再多加說明如下：

例如，對法律經濟分析學派的常被批評其可能會造成財富分配的「不公平」或「不正義」，意思是說貧富不均⁴²；或者認為其結論導至種族歧視的結果，造成被輕視的種族人類之「尊嚴」及情感受損，是極不人道的罪行。

但是，支持法律經濟分析學派者也可以反駁說：為什麼有貧富不均的結果現象就是「不公平」或「不正義」？為什麼縮短貧富差距就叫「公平」？難道我們只重結果而卻不注意財富被每一個個體所獲取的過程嗎⁴³？為什麼只要有貧富不均的結果現象國家就可以介入做重新分配？所謂「公平」、「正義」這種字彙的特定內涵之界定完全只是意識形態、主觀信仰、毫無根據、充滿個人情感偏好而被杜撰出來的無稽之談而已！又什麼叫「尊嚴」？憑什麼強者不可以自由決定如何對待弱者？有什麼證據可支持人類是平等的⁴⁴？誰規定有這種「人權」的？是上帝嗎？你又如何證明上帝存在給我看？

所以，如果筆者已經先批評了法律經濟分析造成「不公平」及「違反人性尊嚴」，則讀者就能了解到筆者最終必須說明（給予價值主張一個理論奠基）「為什麼給予每個人一種能受基本教育及獲得醫療保障與起碼溫飽的生活是一種道德價值（以至於國家有權訂定財富重新分配的法律）」以及「為什麼人有被平等對待的權利」。否則，筆者在全書中對法律經濟分析學派的批評終將缺乏根據。因

⁴² 某些法律經濟分析的學者會辯稱其學說不會導至這種結果，但在本書筆者將會指出其辯稱是不夠有說服力的。

⁴³ 這種質疑是所有主張古典放任自由主義、捍衛契約自由者共同的心聲，而由 Robert Nozick 為理論的代表；其強烈批判任何只看人的天生的特質（例如「血統」、「智商」）或後天的行為方式或成績（例如「勤勞」、「對社會的貢獻」）來決定財富的分配；他同樣也批判那些不問過程、卻只純由結果來判斷財富分配是否公正的學說；在此，Nozick 所指的「過程」是專指「人際間經過自由意志訂立契約的交易」，關鍵點即「自願」。有關 Nozick 學說的介紹，請參閱拙著《由 Nozick 的學說釐清當代『基於權利的理論』（right-based theories）推論之獨斷性 – 兼論司法權與國家強制力之關聯及其運作真相》。

對於筆者在書中指涉到的幾篇拙著（其原出處請參閱本書最後之「參考書目」欄），如本書序言中所言，在筆者尚未能出版論文集之前，讀者的查閱較為不便，敬請見諒海涵。

⁴⁴ 有關人是否平等，自古就不是被一致認同的，自古希臘時代就有這方面的哲學爭論。請參閱拙著《古典自然法思想》一文中之第五章。

此，在本書的最後，必須有此從事價值奠基的一章。

Karl Popper 的學生 Hans Albert 指出：一切倫理學上價值的奠基（Wertbegründung）最終都不外乎將落入下列三種情境中之一：「無窮的後退（回溯）」（*regressus ad infinitum*）、「循環論證」、或「使用恣意的決定作為切斷其回溯之鍊的終點」⁴⁵。就在 Posner 出版其代表作的前兩年，Rawls 的代表作 “*A Theory of Justice*” 問世，這本書站在主張財富重新分配的立場為此種價值做一個新的奠基嘗試，它撼動了世界。但是在筆者看來，Rawls 的推論，仍缺乏語言分析哲學家所要求最尖銳的敏感性、批判性；簡而言之，Rawls 還是把太多可被、也應該被質疑的命題都視為理所當然而作為其建構理論的基石了，並不夠嚴謹。儘管如此，筆者還是由他書中的「由『單薄的正義理論』（*thin theory of justice*）發展到『充實的正義理論』（*full theory of justice*）」的理念得到深深的啟發與感動，而在此預告，筆者在本書第四篇（即本書的最後一章，第十一章）為倫理價值重新作一個奠基的嘗試將是由這個理念所導引的。

的確，價值奠基是最困難的工作，甚至可直接說是至今沒有任何哲人能提出令人滿意成果之「不可能的任務」。但是筆者認為，正因過去的努力未竟全功，人類的思考（語言使用）越來越謹慎縝密，將使筆者在此又一次的嘗試雖未必能說服每一位世人，但應該尚能讓人覺得發人深思體悟，對於道德價值的反省的深度應能加深、並讓人以更尊重謹慎的態度去思考這些問題並對待他人。這將能避免許多因為輕率地追求某種片面的價值或出於單一向度的視野，而讓人變得極為偏狹浮淺；甚至因為這種偏狹浮淺的輕率而傷害了他人的尊嚴、加諸他人灼烈的痛楚與不幸！

在今日，原本並無人會否認自由市場經濟能帶給人類創意的奮發與社會蓬勃發展的氣象。但是自由市場經濟終歸並非是萬能的、也非只帶來一片光明的神祇。未經深思反省的過熱崇拜與追求只會忽略了社會諸多陰暗角落中所隱藏的不幸與苦難的哭泣；我們應該同時珍惜人類高貴的悲憫情操、時刻重視自己同情心的胸襟視野之培養與開展、追尋人道精神的價值，這就是筆者一生追求的目的，也是寫作此書的目的。

筆者也深信在諸君在讀完此書之後，應都會深深有此同感吧！

⁴⁵ 引自 張嘉尹，法作為法律系統－法律系統理論初探，在：思與言人文社會科學雜誌，第 39 卷第 2 期，2001 年 6 月，p. 193 – 248; p. 199.

第一章 作為法律經濟分析基礎的經濟原理

1.1 法律與經濟學的接軌

Posner 在其成名作、也是代表作《法律的經濟分析》的第一章，開宗明義第一句話就說：「本書的寫作是出於經濟學是分析廣大範圍法律問題的有力工具這一信念之上的」⁴⁶。但隨即他也指出，即使是聰明絕頂的法律人一時之間也會覺得納悶而問道：法律和經濟學為什麼能夠被牽扯在一起？

於是 Posner 便要先說明經濟學對人性所持的理解，即人是一種追求極大化自利的理性動物。所以，首先人會思考如何運用手中有限的資源去達成最大的滿足。再來，追求極大化自利的人會對外在加諸的「刺激」或「誘因」(incentive) 做出反應，例如酷愛吃鮑魚的人在鮑魚價格大跌時會多吃。

這意謂著法律的設計也可以依此而得到靈感。因為：

第一，既然人類的欲望無窮而資源有限，國家亦莫不以照顧民眾福祉為目的，則法律應該被設計成為如何減少資源的浪費、追求效率以協助人民實現其最大滿足之工具。而所謂的「效率」，依著名的經濟學家 N. Gregory Mankiw 在其廣被使用的教科書中的定義，就是指「一個社會從她稀有的資源裡取得最多結果的性質」⁴⁷。我們應該已經注意到，在這個定義中，「效率」已經指的是「最多」、「極大化」了！為什麼呢？這就涉及了經濟學家的基本思考模式，即其對人性的基本設定：「在經濟學的描述裡，『理性的經濟人』在行為上中規中矩：他（她）在消費、儲蓄、以及生活的其它面向上，都『會』計量到毫釐不差、盡善盡美的地步。個人如此，廠商也一樣：在作有關生產、投資、行銷等等的決策時，都『會』算計到使成本最低、利潤最大的境界。...理性的經濟人和廠商『會』錙銖必計...」⁴⁸。由此人性觀推演而論，在經濟學中，能夠達到「最大化」才叫「『有』效率」，若不能達到「最大化」（即尚有改善的空間），就是「『無』效率」。這和我們日常生活語言中所講的「比較有效率」、「比較沒有效率」的語言使用方式是非常不同的，也是我們在閱讀經濟學家的思想時必須一直放在心上的。

第二，既然人會依據追求自利的原則對「誘因」做出反應，則國家若欲藉著法律達成某項目標，自然可依此加以設計。當國家增加司法人員以提高刑案的破案率、並修改法律加重刑罰時，企圖為非作歹者就會認為犯案是不敷成本的行為而放棄。此外，人類對利潤之誘因的反應，顯然也啟發政府應該去想到用「因勢利導」的方式解決問題；否則就像在本書「導論」第 0.1.1 段所舉的例子顯示，法令將無法達到其目的，甚至適得其反；因為例如在兵荒馬亂的時刻為了抑制物

⁴⁶ EAL, p. 3.

⁴⁷ N. Gregory Mankiw, *Principles of Economics*, 2. edition (經濟學原理，林建甫等譯)，台北 2001，5 頁。

⁴⁸ 霍德明等著，*經濟學概論*，台北 2002，15 頁。

價，政府想用法律強制力來對抗「市場法則」、也就是對抗人性，法令的下場往往是很淒慘的（儘管同時抬出「道德」的口號）。在此，筆者還可以在此處的註腳中補充「租金上限管制」、及「工資下限管制」這兩個經典性的例子⁴⁹。而顯然，要探討法律給予的「誘因」是否能達到預期效果，將使學者不得不走入「實證經濟分析」的領域中；又由於實證資料蒐集與解讀的困難，使得「實證經濟分析」已自成一學術研究的領域。

第三，追求最大化自利的人們在人際的往來中，在無法律的干涉下將會彼此

⁴⁹ 美國加州大學柏克萊分校所在地的地方政府爲了讓學生租到便宜的房子而實施「房租上限管制」，既然叫「上限管制」，就是指法令強行規定的價格比市場的供需定律那一隻「看不見的手」所自然決定的市場均衡價格更低，這樣的管制才有意義；例如市價是一千元，政府規定只能以八百元出租。但是價格降低之後，更多人想租房子，造成短缺。如果我們分短期及長期來看：短期房子的供給不變，但需求者增多一些，造成些微短缺，參見圖 1.1.A。

但就長期而言，房東因爲見出租無利可圖，因此索性不出租了，造成供給減少，而另一方面聞風而來想要租便宜的房子者可能增加，結果是短缺更加嚴重。參見圖 1.1.B。而加州大學柏克萊分校的學生無房可住，只好到鄰近區域租屋，柏克萊也變成通車上學族的學校。

「租金管制」的另一效果是，房東既然租不了好價錢，於是就沒有好好維修房子的誘因，因此幾年過後，城市一片破敗，故有人說：「要摧毀一座城市，除了扔炸彈之外，就是實行租金管制」。當政府用強制力介入而破壞市場法則，在運用價格上限管制造成供不應求時，必然出現三種現象：

一、**排隊**（漫長的等候）：這是極無效率的，因爲浪費了排隊者的時間。
二、**配給**：而配給的標準就隨物資擁有者隨意武斷拿捏；例如房東可以挑選房客，要特定種族、要特定信仰、要長得美的...。這也沒有效率，因爲貨物最後未必落入最需要者的手中。
三、**黑市**（或是一切依人類鬼靈精怪的頭腦想得出來的千奇百怪的非法手段）：房客可能要在契約的規定之外私下再支付或以其它名目支付金錢給房東。或以大量金錢賄賂現有房客請其早一點搬走。到頭來，租屋者並沒有花更少的錢，而其得到的房屋品質可能更差。

租金管制只可能讓既已在租屋契約下者得利，但其產生的其它一切負面效果更大。上述例子，請參閱 Mankiw，同註 2, 129-131 頁 及 霍德明，同註 3, 163-164 頁。

至於政府訂立最低工資（工資下限），也就是指強行規定工資要比現有市場依供需定律所自然決定的均衡價格更高，這樣才有意義，即現有工資是一千元，政府卻強行規定至少要給一千二百元。雖然政府的本意在保護弱勢者，但卻會使得廠商減少僱用工人，造成失業更嚴重。而有知識技能者的薪水本來就遠在最低工資水準之上，真正造成影響的是那些無技術的失業人民得不到受僱的機會；如 Posner 所指出：「最低工資制的失業效應集中在邊緣的勞工——即中年婦女、年輕人和黑人，而感受到最嚴重效果的是黑人的青少年」（EAL, 361）。另外，如西歐許多國家的政府爲了保護勞工而立法嚴格限制企業解僱員工，這樣的法令也有一樣的效果；即這將造成企業害怕再僱用新人員進來（以免以後趕不走）；結果使得失業率居高不下的情形無法得到改善。請參閱 Mankiw, 同註 2, p. 134-135 頁。

但是保障勞工不被輕易解僱，亦有經濟效率上的正面意義；通常（在福利制度完善的國家）資深勞工是僱主想解僱的對象，因爲其若做到退休年齡，其領的退休金高，又爲年長者疾病保險亦需支出較多。若是很容易遭到解僱，則資深員工就不願意將技術教導給新進的員工，因爲老員工想自保（EAL, p. 357）。這和大學中爲什麼要實行「終生聘任制度」有關，因爲如果老教授們無此保障，他們就會排擠優秀的年輕學者進來（通常聘任新教授要先經過系上教授通過），則這所大學將不會有優秀的新進教授（請參閱 朱敬一/林全，經濟學的視野，台北 2002，p 64-65.）。至於如果已進來的教授仗著終生保障而偷懶那要怎麼辦？這就要靠事前謹慎審察，打聽了解欲聘的學者之敬業精神了！

自行協商達到讓雙方都獲得最大利益的結果，而符合效率的要求（當然，這是假設沒有強者脅迫弱者的情況）。因此，對於規範人際互動的法律之設計，應該全面模擬體會：「若是當事人彼此在自由協商下，他們將會希望是採行何種交易方式」，即會達成何種共識。反之，法律若是忽略人性的趨向，卻老是死抱一些「正義的理念」而訂出不合人類理性的法律，必定是不符效率、甚至是窒礙難行的。

在「導論」0.2.1 段中及此處，筆者已經詳細介紹了經濟學家所理解的人性（追求最大化自利），這是絕大多數經濟學家的理解，雖然也有知名的經濟學家，如 1998 年諾貝爾獎得主 Amartya Sen（中譯為「沈恩」、「森恩」或「森」...）不表贊同，並且大加口誅筆伐。至於 Posner，他則是大大贊成人是「追求最大化地滿足自己者」這種一般的理解的，而他還乾脆用了“ratioanl maximizer”這一詞彙來表達他對與絕大部分的經濟學家對人性之看法相一致的信念⁵⁰。正是基於此

⁵⁰ Sen 教授以日本民族擺脫自私、而強調對團體的責任、忠誠為例，來否定經濟學普遍認為人是追求自利之設定（請參閱 Amartya Sen, *On Ethics and Economics*, Oxford 1987, p. 18-19）。他甚至認為如果不是歸功於這種對團體的忠誠無私，產業也難以達到如此高的成就。他說：「如果人們是依全然自利的方式去行動，他們會達到某些特定的成功嗎？例如一種或另一種效率」（p.21）。Sen 指出，這種犧牲小我的精神本來就符合經濟學之父 Adam Smith 的教誨，Smith 本來也就是 Glasgow 大學的道德哲學教授。Sen 說：「正如 Smith 本身所說的：『人，根據斯多葛學派的主張，不應該把自己看做是與他人區隔和分離之存有，而是要把自己看成是世界的公民，大自然界的一員』，同時『為了這個大社群的利益，他應該隨時願意犧牲自己微小的利益』」（p. 22-23）；「...Smith 鼓吹同情心」（p. 23）。他認為當代的經濟學已經被窄化了！Sen 說：「真的，正是 Smith 對人類的寬廣觀點在現代經濟社會裏被窄化之這個現象，可被視為是當代經濟理論的主要缺陷之一。這種貧乏化與經濟學之逐漸遠離倫理學有著緊密的關聯」（p.28）。總之，Sen 認為把經濟學把「理性」界定為追求一己利益的極大化滿足是極不合理的（請參閱 P. 15-17）。

對於 Sen 這樣的批判，Posner 必然會反駁說 Sen 把「自利」誤解為「自私」了！Posner 早已說過，如果一個人把增進他人的快樂當成自己快樂的泉源，那這也是一種自利的行為（EAL, p. 4）。所以，日本人認為替團體犧牲能帶給自己滿足而因此這樣做，其實這也是一種追求自利的行為；即「自利」（自我滿足）是可能透過「利他」而被取得的，只要人們（例如日本人）喜歡這樣。不過，雖然 Sen 把「自利」理解為「自私」是不正確的，但是筆者認為，Posner 對「自利」的「利」，也理解得不正確，因為他把這個「利」只等同於「財富」，換句話說，人只追求「財富最大化」，「財富」等於一切「滿足」。

我們可以考察一個例子以茲說明 Posner 的錯誤：在即將沈沒的鐵達尼號客輪上有一百位最頂尖的科技及工商界的菁英，他們把逃生的機會讓給老人，也許經過一些掙扎，因為畢竟「生亦我所欲也、義亦我所欲也，魚與熊掌不可得兼」。不過，經過短暫思考，他們覺得如果搶了老人的逃生機會而活下去，未來天天將會良心痛苦得生不如死；而捨生取義則有當下很大的滿足感，於是他們為了追求最大的滿足而選擇與船一起沈沒。而這種選擇也是一種「追求自利」的行為（雖然透過同時可以「利他」的手段）。至此，一切仍都符合經濟學一般對人性的設定，經濟學的命題並沒有錯誤。但是，顯然這群菁英「追求自利」的「理性」選擇並不會導至「經濟效率」或是說「財富最大化」的結果，而是適得其反。這就意謂者雖然人的理性的確是在追求最大的「自利」（自我滿足）沒錯，但讓理性感到滿足的因素是多樣的、不是只有財富最大化；也就是說「利」未必指「金錢之利」。而筆者也不認為那些其它令人感到滿足的因素最終都能被還原為財富的價值或說是用金錢被換算。霍德明教授也指出人的理性是不是真的都追求〔錢財的〕最大化，是相當可被質疑的（請參閱 霍德明，同註 3, 13-15 頁）。至少，筆者認為，人追求的未必是「財富」及「財富一定使之成為可能」的最大化。人所追求的是「自我幸福滿足的最大化」，但幸福滿足不一定是全部靠財富產生出來的。

因此，Posner 的討論所能涵蓋的，只是人在追求「自利」（包括透過同時可以「利他」的手段而得到的自利）而又同時可以促進財富最大化的那些情況而已；但這並不是人間唯一的情況類型。也就是說，追求最大自我滿足的理性有時正是要選擇不符合經濟效率的目標才會實現最大的自我滿足。

種人性觀，Posner 導出他的三大定理，這就是他《法律的經濟分析》第 §1.1 章節的全部內容。Posner 陳述的三個定理之內容，若是要綜合成結論，是很簡短就可以表達的，筆者認為其可被表述如下：

第一，由消費者的角度而言，其將設法以有限的資源求得最大的滿足。

第二，由出售者的角度而言，其希望獲得最大利潤，即賣給出最高價者。

第三，在自由競爭的市場上，資源將流向其最佳的運用者手中，故能得到「有效率」、即「最佳」(optimum) 的結果。

但是 Posner 陳述的三個定理的內容若要被詳細解釋，是需要若干篇幅的，而為了打好研究法律經濟分析的基本功，這個工作是不能省略的。筆者現在就一一闡釋這三大定理的內涵：

1.1.1 消費者以有限的資源求取最大滿足

第一個定理指出：通常消費者在某一物品的價格飆高時，將減少購買該物的數量，反之，物價下跌，需求增加；即需求量和價格是反向的關係、是「負相關」(negative related)，因此在座標上（物品價格 P 為縱軸，被需求的數量 Q 為橫軸），所畫出的「需求曲線」(demand curve) 是由左上到右下的「負斜率」曲線。這個「需求法則」(Law of Demand) 顯然是最顯而易見的人性了，它是立基於經驗的歸納，但是就**普遍的觀察**而言，是未被否證的⁵¹。

經濟學中「價格彈性」是問：當價格變動百分之一時，需求量的變化量為多少。Posner 也一筆提到有些人對於某種物品價格上漲之後仍然完全不減少其消費量，也就是說某人對某物的消費完全沒有「需求的價格彈性」(price elasticity of demand)。當然這是反應特定人對某物特別的情有獨鍾，但是這並不能摧毀「需求法則」的真確性，因為需求的完全無彈性不會是全面的現象，而只是局部；每

可見某些經濟學家對人性是「追求最大自我滿足」的概括設定雖然正確，但是隨即將之窄化、也將理性窄化，即只限縮在透過由財富帶來的滿足。這個批判在「導論」0.2.1.2 段已述說得很詳細了。

而 Posner 在《法律的經濟分析》一書的第§1.1 段開頭有說到「自我滿足」可以包含一切的事物；但是他馬上接下來論「經濟學家理解的人性三大定理」時徹頭徹尾只涉及到賺錢（賺錢最大化）的理性而已、即個體經濟學上對財物最有效配置的問題而已。可見 Posner 的學說談到「金錢以外的滿足」只是「虛晃一招」而已，其實他的學說沒有財富以外價值的真正容身之地，也沒有辦法討論財富與其它幸福之源處於衝突的情況下之取捨問題；因為在他這種學術架構內無法處理非計量性質的倫理價值內涵。

所以，總而言之，Sen 教授本身的批判雖然不是陳述得完全正確，但卻可以啟發我們進一步思考。而 Sen 教授認為經濟學因為脫離倫理學而使視野窄化，仍是深切中肯的批評。或者說，古典自由主義傳統下經濟學的發展，已經將「理性」一字的意涵澈底窄化了，

⁵¹ 至於有沒有不符「需求法則」的特例呢？也就是說物價上漲而消費者反而會買得更多。稍後將立刻探討兩種例外的情況。

個人的資源有限，如果在牛肉漲價後某人仍要消費和以往一樣多的牛肉，則勢必產生排擠作用，他可以用在其它消費的錢必定變少，他對其它物品的需求仍是要減少。

每一個人、或不同的社會對於某一物品的「需求的價格彈性」都不同。「需求的價格彈性與許多塑造個人慾望的、經濟的、社會的、心理的力量有關」⁵²。不過立基於經驗累積的觀察，仍可以歸納出下列幾項規則，即：**替代品的多寡、消費支出的比重、就長期或短期而言、必需品或奢侈品、市場（物品範圍）的界定**⁵³。

Posner 在此也提到所謂「劣等物品」(inferior goods) 在需求上的特殊現象。我們知道，當一個人致富之後，我們俗話說他的「消費能力或購買力變強了」，言下之意就是說他有能力多買一些東西。的確，大多數我們消費的物品，都有「所得增加需求曲線向右移」的特性，對這些物品我們稱之為「正常物品」(normal goods)⁵⁴。但也有少數的物品在我們致富了之後反而會減少購買（需求曲線向左移），這種物品就叫「劣等物品」，例如發財以後的人就不搭公共汽車了，而馬鈴薯也是最佳的例子，一個貧窮的家庭每個月吃九十斤的馬鈴薯，十斤的肉。現在此家庭變得較為富裕了，只吃馬鈴薯七十五斤，而買了二十五斤的肉。

從這個例子在反推回來，一個收入還不錯的人每月消費馬鈴薯七十五斤、肉二十五斤；突然他變窮了，於是改為每個月吃九十斤的馬鈴薯，十斤的肉；顯然他變窮之後反而購買更多的馬鈴薯，這足以證明馬鈴薯是「劣等物品」。

至此，我們觀察的角度是由財富增減的角度來看；現在我們換一個角度，即從商品價格漲跌的角度來看，因為從這個角度來看會讓人敏感地反應去問到「需求法則」是不是已遭到顛覆？我們可以這樣問：有沒有什麼物品是價格上漲其需求反而增加的？經濟學家 Robert Giffen 首先注意到這個現象，於是有這種特性的

⁵² Mankiw, 同註 2, 100 頁。

⁵³ 這是由不同的經濟學教科書集合起來的五點規則（請參閱 霍德明，同註 3, 66-67 頁，以及 Mankiw, 同註 2, 100-101 頁）。這個議題並不難懂，但筆者還是稍加說明：

替代品的多寡：所謂「替代品」(substitutes) 乃指可以產生類似功能或效果的諸物品，所以當其中一種的價格上漲，人們就改買它種，造成另一物品的需求增加。某物的替代品越多，則一旦漲價，需求將下降越劇烈（需求彈性大）。

消費支出的比重：高級汽車如果漲價 10%，則需求必定大減；但若是鹽價上漲 10%，一般的家庭大概不會在乎，也不會減少買鹽的數量。

就長期或短期而言：石油漲價之初民眾只有忍痛消費之，對石油的需求量改變不大；但是日久人們就會改變習性，例如改搭公共汽車、或把大車賣掉換開省油的小車，並養成節約用電的習慣，則對石油的需求會銳減，將逼迫石油公司降價。長期與短期對經濟學而言是極其重要的區分，因為其供給或消費型態都會有極大的改變；故針對短期現象所得的理論或模型未必適用於長期。所以當大經濟學家 Keynes（凱因斯）欲闡述每一種理論的時代侷限性、恐怕無法流傳千古皆準時，他說：「在長期我們都死了」（引自 Todd G. Buchholz, *New Ideas from Dead Economists*〔經濟大師不死，馮勃翰譯〕台北 2000, 268 頁）。

必需品或奢侈品：必需品的需求彈性小（經濟學上叫“inelastic”，中文通常翻譯成「無彈性」，但這個譯名易引起誤解），奢侈品的需求彈性大，此乃淺顯之理。惟每個人天性不同，其認為什麼是必需品、什麼是奢侈品的認定不同。

市場（物品範圍）的界定：當牛肉漲價，老王還是購買一樣多的牛肉，故就牛肉而言，老王的需求「完全無彈性」。但是老王畢竟所得有限，其為了購買一樣多的牛肉，必須減少青菜及豆腐...等等的消費。如果我們以所有的「食物」為範圍，自然可以說食物價格上漲，需求減少了。

⁵⁴ 毛慶生等著，經濟學，台北 1998, 21 頁。

物品就被稱為“Giffen goods”（季芬物品）；而到底世上有沒有這種物品，經濟學家是有爭議的。但歷史學家指出，十九世紀愛爾蘭因馬鈴薯欠收而漲價時，民眾反而搶購馬鈴薯⁵⁵。如果依照稍前的探討，變窮的人會購買更多的劣等物品，則馬鈴薯的漲價等於是人民實質財富的減少（雖然名目上的財富沒變），也就是實際上變窮了，故變窮之人增加對馬鈴薯的購買是理所當然的。而顯然，要當「季芬物品」除了必須是劣等物品之外，必定還要擁有一些其它特殊條件，即它是**沒有替代品的有效益之必需品**。由於馬鈴薯具有「填飽肚子」的超強大功能，而且在當時當地無它物可替代，所以上漲之後反而引起搶購；因為如果因為馬鈴薯上漲就不願增加對馬鈴薯的預算、甚至減少預算而多買肉類，由於肉價昂貴，也多買不了多少；而原本的或多買的一點點肉類之量對「填飽肚子」的效用遠不如減少購買的馬鈴薯之量，因此只有放棄購買肉類而多搶購馬鈴薯⁵⁶。

「季芬物品」是極罕見的，而就算存在，也只是一種個案觀察角度下的特例，並不能推翻「需求法則」；而是它正好又證明了人是理性地追求最大化滿足者⁵⁷。

1.1.2 出售者追求最大獲利

1.1.2.1 「機會成本」的意義與人之「最大化理性」

現在我們進到對第二的定理的闡述：一個商品的出售者總是以獲得最大利潤為目標，故其念茲在茲的是如何把「成本」和「收益」（ $P \times Q$ ）之間的距離拉到最大。這個道理看起來人人都懂。但是，什麼叫「成本」？經濟學家的看法和會計師（也就是類似一般人的看法）是大不相同的。對「成本」的認識正確與否，會影響到行動的決策之正確與否；如果一個人不懂得經濟學家的思考方式，也就是說沒有使用經濟學上對成本的理解、而是使用會計師的成本之概念，那麼他就很可能會做出錯誤的決策。

經濟學對「成本」的理解就是指「機會成本」（opportunity cost），而非只計算外顯的金錢流出、可以記在賬簿或報表上的「會計成本」（accounting cost）。在本段落中，Posner 的論述圍繞在「機會成本」這個核心概念上，藉以突顯出人

⁵⁵ 請參閱 Mankiw, 同註 2, 520–521 頁。

⁵⁶ 用經濟學的術語來說，馬鈴薯的價格上漲導至一個人的實質財富上減少（即實質上變窮），因此窮人會買入較多的「劣等物品」乃理所當然，此乃馬鈴薯的價格上漲的「所得效果」。但另一方面馬鈴薯的價格上漲也使得馬鈴薯和肉類的價格拉近了，通常一物變貴而其替代品若維持原價，則會讓人多買該物的替代品，此即馬鈴薯的價格上漲的「替代效果」。而在「季芬物品」的例子中，馬鈴薯漲價並沒有使人多買肉，反而是更多買馬鈴薯，可見在此例中，「所得效果」大於「替代效果」，即肉類並沒有能夠成為馬鈴薯的替代品，顯然馬鈴薯（就填飽肚子而言）是沒有明顯替代品的超級有效益之必需品（請參閱 Mankiw, 同註 2, 520–521 頁）。

⁵⁷ 除了「季芬物品」之外，還另外有一種物品是價格越高需求越多的，即「炫耀性物品」。在一個奢華成風、又有一群暴發戶的社會，越貴的東西可能吸引越多人去買。不過，這不是適用於大部分的人。而且再怎麼有錢的人其財力終有極限，東西要是貴到漫無限度，買者終將還是要縮手，則需求又隨物價上升而下降，最終還是要回歸到正常的供需法則。

類一心追求「獲利最大值」(profit maximization)的天性。茲舉例說明如下：

假如小王同時具有烹飪及建築設計的天份，他做任何其中一件事的樂趣或成就感都是一樣的。他投入所有積蓄一百萬開了一家餐廳，這時，會計師只會把小王投入的一百萬當作「成本」來計算，我們假設小王一個月下來的總收益減去投入的一百萬，得到五萬元，這就是會計師眼中的利潤。但是經濟學家的看法不同，除了一百萬元之外，經濟學家會把（假設小王並沒有投資開餐廳）一百萬放在銀行一個月能生的**利息**（假設為六千元），及小王把同樣的**時間**去做別的工作的收入（例如受僱當建築設計師月薪四萬五千元）也算是其「成本」。故在這個案例中，小王是賠了一千元，即小王做了一個「不敷成本」、也就是錯誤的決策⁵⁸。

所以，「機會成本」的意思就是：一個人為了獲取某項目標（不論是追求某人、事、物或財富）所投入的所有資源（不論投入的是其金錢、財物、時間、知識技能...）若被用在其它機會所能產出的價值⁵⁹。當然，在此指的是此人實際上並沒有將其資源投入在另外那個機會中，即他**放棄**了資源的另一種使用機會。那個被他所**放棄**了的資源的使用機會所能產出的價值就是其「機會成本」。至於如果有人問，我們本可以對手上的資源做千百種使用方式而其產出的價值都不一樣，到底要算哪一個被放棄的資源使用機會所能產出的價值？答案是在被放棄的資源使用機會之中能產出最高價的那一個就是「機會成本」⁶⁰。

在前例中，小王所放棄的資源使用方式所能帶來的利潤竟然還高於其實際已選擇的資源使用方式所帶來的利潤；所以這根本是一個錯誤的抉擇，因為其（機會）成本高於利潤。正常的、理性的情形是人會將其資源投入能帶來最大獲利的事項，而其「（機會）成本」就是其資源投入在能帶來「次佳」獲利事項的利潤，又可被稱之為「另一種選擇的價格」(alternative price)⁶¹。所以，如果小張去修車而月入五萬元，若去修水管可獲得四萬五千元（假設他做其它工作的工資都更低），則小張修車的「機會成本」就是四萬五千元⁶²。

當然，正常、有理性的人都是選擇「最佳」而放棄「次佳」。這也表示當一個人手上有某些資源（不論是其物品、時間、知識技能...）欲求售於人時（想去找工作上班賺薪水或想要出售其所擁有之物品），只有出最高價者才可能得到我的資源（或勞務的提供），而出次高價者是得不到的。或者，從事一項事業能帶

⁵⁸ 請參閱 Mankiw, 同註 2, 295-297 頁。

⁵⁹ Mankiw 給予「機會成本」的簡短定義是：「為了獲得某項物品，你得放棄的其它事物的價值」（同上，886 頁）。

⁶⁰ 請參閱 高希均，經濟學的世界：中篇，第二版，台北 2002, 9 頁。

⁶¹ EAL, p. 6.

⁶² 我們可以再舉一個「不理性」的例子，來闡釋一般人若只懂「會計成本」、而缺乏經濟學「機會成本」的觀念將會經常導至何種錯誤的決策。

老王開了一家水餃店，每個月總收益是十萬元，但是其食品材料費是四萬元，僱用工人花了兩萬元，水電煤氣又花了一萬元，共七萬元；至於店面，老王說：「房子是自己的，不用本錢，所以我這樣拚命賣水餃，一個月可以賺三萬元，挺不錯的」！老王的想法正確嗎？

如果老王把房子出租可月入租金三萬一千元，老王又有時間若去受僱還可領工資五千元。則老王開水餃店顯然是做了一個不智的抉擇。因為老王就算只出租房子不工作都還比開水餃店好，而且還可得到休閒的效用（請參閱 高希均，同註 15, 10 頁）。

給人最大回饋，才會吸引人將金錢、物品、時間、知識技能...投入其中；而只能帶來次高回饋的事項則無此吸引力而不被考慮。這闡明了人追求最大利潤的天性。此外，不論就賣方及買方而言，這也闡明了經濟學上所講的資源的稀缺性（scarcity），因為就求售者而言，其手上的資源只能選擇一種投入使用方式，故其必須選擇投入能帶來最大利潤的事項；而就購買者而言，一種私有財物最終只有一個人能擁有並支配之，故只有出最高價者才能夠獲得它。

運用「機會成本」的概念來闡釋人類理性的考量之另一常被使用的例子是選擇繼續升學而放棄立即就業（此外，這個例子也可以附帶闡明計算機會成本的複雜性）。例如，阿龍碩士班畢業之後正考慮是否要就讀博士班，假設博士班要讀四年，四年下來的註冊費要十萬元，另外食宿還要花三萬元，而且無法工作賺錢。反之，如果阿龍放棄就讀博士班去上班，則四年可收入十五萬；不過，別忘了，阿龍就算去上班也是要吃飯、租屋，而且在外面吃飯、租屋的錢更高，四年要花五萬元。看來阿龍讀博士班的成本不輕，除了註冊費加上食宿費共十三萬之外，還要加上其如果不念書去上班的工資所得（十五萬）、但要減去工作也要吃飯、租屋的花費（五萬）。則讀四年博士班的代價（「成本」）是二十三萬元。那為什麼阿龍要付這麼大的代價去讀博士班呢？當然他是理性的，因為他可能已估計過博士班畢業後（去當教授）其往後一生在職期間所累計賺的錢會超過沒有讀博士班就去工作一輩子所能賺的錢二十三萬以上。或者，阿龍的考量不只是單單在金錢一項（因為也有可能他拿了博士學位去當教授未必比碩士畢業在實務界工作的人賺得多）；但是我們仍然可以確信，在這種情形下，阿龍認為：

博士班學生生涯的讀書樂趣與浪漫 + 教授生涯的收入 + 學位帶來的社會地位的一生的快感 + 研究工作符合其性向所帶來的精神愉快 + 學者生活安適帶來的健康與休閒 ... > 碩士畢業就投入職場的一生收入 + 這種工作下的生活品質與樂趣

阿龍是選擇了讀由博士班開始到生命結束的收入及生活樂趣所共同產生的效用（滿足感），而**放棄**碩士畢業就投入職場的一生之工資所得及生活樂趣之效用（阿龍之選擇的「機會成本」）。當然他是選擇他認為最好的，他是理性的人⁶³。

⁶³ 請參閱 Mankiw, 同註 2, 6-7 頁。

Posner 在此段解釋機會成本舉了生產塑膠白象及火車安裝火花控制器的例子（請參閱 EAL, p. 7-8），是讓初學者覺得較為費解的例子，因為他用的是賠錢（負數）而非賺錢（正數）的例子。故分別簡明的方式解釋如下，重點是選擇「少賠」比「多賠」為佳，選擇「少賠」與選擇「多賠」相比就等於是賺了：假設某人在**過去**購買原料及花費時間投入生產一隻白色塑膠象的成本是一千元，誰知道**如今**人家只願花十元來買，固然賣了是慘賠、心有不甘，但是不賣又能奈何（更慘）；因為過去投入的一千元已經投入了，已經是「沈沒（泡湯）成本」（sunk cost）、**製成的商品又不能轉做其它用途**，血本無歸已經注定，**所以不必再因過去已做的決定所導至的後果而影響今日的決策了**，因為賣了至少還可以拿十元回來（損失九百九十元），不賣則是損失一千元。機會成本的理念已經告訴我們要選擇「最佳」（賠少）、放棄「次佳」（賠多）；則當然應選擇賣掉而損失九百九十元，而不是選擇不賣而損失一千元，因為 $-990 > -1000$ 。在此，我們也學到經濟學家所說的：過去損失的就損失了，「沈沒成本」不應該再影響我們今日的決策。

又如果農夫基於財產權，有權利要求其農作物（價格一百元）不受火車噴出的火花燒毀（古代的火車頭會噴出火花），則鐵路局只有兩種選擇：一是向農夫購買其財產權（地役權），叫田地空下

1.1.2.2 以完全競爭市場闡述人的「最大化理性」

Posner 闡述第二個定理的行文之後半段突然轉入對「完全競爭市場」(competitive market)的描述，並兼涉及到「壟斷性競爭」(monopolistic competition)市場的型態；而且其行文如其一貫地簡略、充滿 skip (跳躍)、往往三言兩語帶過一個主題，略過許多基礎知識的介紹，讓初學者根本不可能知道他在說什麼，也違背了他自己在《法律的經濟分析》序言中所說的：閱讀其著作不需要事先有任何經濟學的知識。看來 Posner 並未完全遵守承諾。

筆者認為，既然 Posner 曾表明讀者不需要事先具有經濟學的知識，則他應該把敘述限制在自然理性直接可以理解的經濟學概念上。Posner 突然提到的對「完全競爭市場」及「壟斷性競爭」的學理，法律學子們若是循序漸進去聽大學經濟學原理的課程，都會覺得簡單易懂；但是這些經濟學的知識無論如何也仍然不是在此馬上用三、四頁的介紹就能懂得，因為每一門學問總還是有其系統性及嚴肅性。故在本書中，並不適切、也無必要去重述教科書的內容，因為每一本教科書都會以充分的篇幅詳細解釋何謂「完全競爭市場」及「壟斷性競爭」。所以，在此，本書的正文只把 Posner 的敘述中有涉及如何再繼續能夠以「機會成本」的概念來闡釋人類追求最大值滿足的簡明道理再進一步說明，而把 Posner 行文中涉及較多經濟學知識的內容放入註腳中並給予評註。而如筆者在「導論」中已說過的，本章放在註腳中的內容，是尚未修習過經濟學的法律學生們，當下若尚不能把握也無需太過著急的⁶⁴。

來，二是替火車裝上火花控制器（價格為一百一十元）就不會摧毀農作物。如果鐵路局選擇替火車裝上火花控制器要花費一百一十元，但鐵路局知道農作物只值一百元，因此會選擇出價一百元向農夫購買地役權。雖然農夫的農作物只值一百元，但由於農夫也知道鐵路局若是選擇替火車裝上火花控制器則要花費一百一十元，因此農夫會在出價時設法將地役權價格提升到逼近到一百一十元。這意謂雙方討價還價後可能成交的價格在一百到一百一十元之間。機會成本的理念告訴我們要選擇「最佳」、放棄「次佳」，則對鐵路局而言，花費一百到一百一十元之間的金錢向農夫購買權利當然比花費一百一十元替火車安上火花控制器好。

⁶⁴ Posner 在此提及了在「完全競爭市場」型態下，供給曲線(S)就是邊際成本(MC; marginal cost)曲線的一個段落。而廠商最後要決定的供給數量乃是 MC 與「邊際收益」(MR; marginal revenue)曲線的相交點所對應的數量。而在「完全競爭市場」型態下，由於有大量的供給者與大量的消費者，市場規模巨大，雙方對市場都無「市場影響力」(market power)，即都無力影響價格、都僅僅是「價格接受者」(price taker)，也就是說並不會因為誰增加(減少)生產就會引發價格的下跌(上升)，因此價格將維持固定，即價格將等於邊際收益、也等於平均收益($P=MR=AR$)。

廠商最佳的產量是讓其「邊際成本」與「邊際收益」相交點所對應的量，在此，可獲得最大利潤；因為若再增產，「邊際成本」上升而大於「邊際收益」，獲利反而減少。

Posner 又附帶提到，在「完全競爭市場」型態下，整個市場的長期供應曲線應是在市場固定價格下的一條水準線（消費者所面對的市場供給曲線）。就算當需求量上升而價格上升時，由於馬上會有新廠商加入此一行業搶食利潤，導至供給量也增加，結果價格仍然退回原來水準不變；反之，當需求量減少而價格下跌時，由於會有廠商退出此一行業，導至供給減少而使價格仍然不變。就是右圖 S 線為水準所表示的意義。

現在筆者則解釋 Posner 所說的：「一個高於機會成本的價格會像磁鐵一樣吸引資源被投入到物品的生產中」⁶⁵、「為什麼競爭不會使價格被拉低到機會成本之下呢」⁶⁶？例如，小張是當建築工人的，其每月可賺五萬元。而假如他去當廚師則可賺四萬五千元。若是世界上一直沒有其它小張可做的行業之工資超過五萬元，那麼小張就不會轉業。但是有一天因為某種因素，導至有大量的人想當建築工人（例如人口的遷入），結果建築工人的工資隨之下跌。我們可想而知，只要建築工人的工資不要跌到四萬五千元以下，小張仍然會繼續當建築工人，因為他雖然有些感慨日子不如從前，但也沒有其它更好的選擇。但是，一旦建築工人的工資跌到低於四萬五千元（即過去他當建築工人的「機會成本」，也就是他若是去當廚師所能得到的收入），他就不會再留在建築業，而會改行當廚師去了。

一個行業若有他人加入此行業，競爭將使得價格不斷降低、利潤也隨之一直降低。到最後，能讓一人還留在此行業的理由，只是其總收益不低於其機會成本而已，也就是說只要「總收益」等於其「全部的機會成本」（即「經濟利潤」等於零），他就會做下去。即競爭的力量會讓售價被調降到等於機會成本，而使得「經濟利潤」等於零⁶⁷。

有人會問，如果「利潤等於零」，那不是沒賺錢、白忙了、沒飯吃，怎麼還會有人願意當傻瓜做下去？在此，經濟學所講的「利潤」，指的是「經濟利潤」，即「總收益」減去「全部機會成本」（即包含一切外顯的及隱含的成本），而非指僅僅是「總收益」減去「外顯（會計）成本」。例如小王花費一萬元買木材、並再花費時間及體力加工、兜售，一個月後木材以兩萬元賣出；而假設小王也可以將這一萬元放在銀行生利息，每月可得到五百元利息，同時他去受僱當管理員，又可領到月薪九千五百元。則小王買賣木材的「全部機會成本」是：

一萬元（存在銀行） + 五百元利息 + 受僱領的工資九千五百元 = 兩萬元

在此案例中，小王販售全部木材的價錢（兩萬元）等於其機會成本（也是兩萬元），故其經濟利潤等於零，這在經濟學上稱為「正常利潤」。假如其木材的售價高於兩萬，則就叫有「超額利潤」⁶⁸。假設某一個行業沒有什麼特別的技術障

但是，實際上不斷的有廠商加入此一行業，在大部分情形下會導至此行業所需的原料及資源的更加稀缺，例如更多人想生產牛奶，則表示有更多人競爭有限的牧場土地、工人、技術人員、店面...等等。這將導至成本上揚。如果此時價格不上漲的話，將不可能吸引廠商再投入比行業或增加產量；因此在此處所說的情況下，如果需求增加後而消費者也願付較高的價錢，供給曲線還是會呈現（微幅）的正斜率，即 S 線會呈現和緩向上延伸的走勢（請參閱 EAL, p. 9-10）。

⁶⁵ EAL, p. 8.

⁶⁶ 同上。

⁶⁷ 請參閱 EAL, p. 9.

⁶⁸ Mankiw, 同註 2, 331 頁。在此小王的「經濟利潤」等於零，但是他還是多出一萬元可以吃飯。「經濟利潤」=「總收益」($TR=P \times Q$) - 「外顯成本」- 「隱含成本」。而外顯及隱含的成本兩者共同構成「機會成本」（經濟成本）。反之，「會計利潤」=「總收益」- 「外顯成本」（霍德明，同註 3, 113 頁）。故經濟學家與會計師的思考方式不同。「總收益」這個字不要引起誤解，

礙、是大家都能自由進出的，一個人在這行業中若能賺取「超額利潤」，就會吸引他人不斷進入此行業，造成利潤下降，直到大家在都只能賺到「正常利潤」。而例子中的小王不會把木材以低於兩萬元的價錢出售，因為如果是這樣，他不如退出木材生意而去改行去當管理員並把一萬元存入銀行就好了。也就是如果一個人在一個行業中連「正常利潤」都賺不到，則這就已經不再是其「最佳」選擇了，那麼他就會離開此行業，投到新的「最佳」選擇中。這種行為方式可充分顯示人類追求最大獲利的理性。

1.1.3 在自願交易下，資源將得到「最佳」(optimum)之運用

在第三個定理中，Posner 指出：「在一個允許自願交易的市場中，資源總是自然流向其最有價值的使用」⁶⁹，那麼，必然可達到社會財富的最大化。例如某位樵夫欲販售一塊木頭，張三想把木頭買回家當柴火燒，因此出價十元；李四是位雕刻匠，他覺得這是一塊合適雕刻的木料，因此出價一千元；王五則是製作小提琴的大師傅，一眼看出這是製造名琴的絕佳材料，於是出價一萬元。樵夫當然把木料賣給王五而得到最大的利潤。而王五也不是傻瓜，他之所以願意出高價，絕對不是因為大動慈悲心而想白白送錢救濟樵夫，而乃是因為他製成名琴之後可賣五百萬；而一個平凡的演奏者絕不會花五百萬來買琴，但一位小提琴演奏天才就願意，因為他有名琴相伴之後，可以贏得國際比賽大獎，可以展開演奏生涯、錄製 CD 及 DVD、功成名就，其價值又遠超過五百萬。由此可知，資源一定是落入最能利用它的人手中，因為其有能力將資源做最佳運用，因此其願意出比別人更高的價錢去取得，結果是買賣的雙方都獲得最大利益⁷⁰。

這個定理所代表的意義非常重要，它是自由市場信徒之終極信念、金科玉律！即在自願交易下每個人都賺到最多的錢、社會財富必然達到最大化、資源都得到最佳的使用、社會達到最大的榮景。甚至在此所舉的例子中，每個人的非但能獲得最大財富，而且能獲得最大財富的原因是有買方認為購買某物能促進其達成人生的滿足（效用、福利）才因此出高價購買；故在自由市場體制下，將造就一個財富與幸福（效用、滿足）都一致達到最大化的社會。這種思想是 Posner 這類熱烈擁護自由市場、自願交易的人士所憧憬的圖像，這種理念也貫穿 Posner 的諸著作；他們這一派自由市場的熱烈擁護者寄望以這種繁榮下全面的「水漲船

它不指純「利潤」（純利、淨利），而是指總回收的本利合；要再扣掉成本，才是「利潤」。

⁶⁹ EAL, p. 11.

⁷⁰ 在此，有關理性的人會讓資源流向「有效率」（最大化）運用之處，Posner 所提到的，的確是最淺顯易懂的情形。

而所謂「資源以有效率的方式被配置」，還可以引申運用到其它的各種情況，由消費者在有限的預算下面對多種商品時該如何選擇消費的組合以求得到最大效用；到由「Pareto 最佳」（Pareto optimality）的原理導出「生產要素組合」、「產品交換組合」、及「消費與生產全面均衡」如何達成最大化的分析，都是在顯示理性的人類追求效率的例子。但尚未接觸過經濟學的法律學生可以在未來學到這些知識時再做了解即可，目前尚不急於理解這些。

高」之結果來自然水到渠成地解決貧窮問題⁷¹，而不是像左派人土整天滿腦子在打「財富重新分配」的主意、也就是說在打「如何搶富人的錢」的主意；因為 Posner 等人認為「財富重新分配」將重挫有才智的人們向上衝刺的「動機」、「誘因」(incentive)，造成無效率的後果，徒然導至社會的破敗衰退。

但是在本書以下將會討論到，事實並不是那麼簡單、那麼理想化。Mankiw 教授也指出：「這隻看不見的手也不能確保每個人都有足夠的糧食、合適的衣服、足夠的醫療保健」⁷²。

Posner 又再附帶進一步推論，既然人類是如此熱衷效率，則可想而知其逐利的行為必定是到了「無孔不入」、「無縫不鑽」的地步了。因此經濟學家認為「不存在未被開發的獲利機會」⁷³，即不可能某處有錢賺而沒有人願意去賺的，這由當一個人在能賺取「超額利潤」時必將吸引其他人加入這個行業來競爭可以看出。除非，是在「訊息」(information)上有障礙或發生錯誤：例如某人或某廠商想投入某行業的競爭中，但因為無法預先得知成本是否會升高，因此裹足不前。或是要先進行市場調查就要花費巨資，即訊息成本極高，使人望而怯步。或者其所獲得的訊息是錯誤的，因此其決策運用也錯誤，失掉賺錢的機會、反而投入賠錢的行業⁷⁴。可見訊息正確是很重要的；今日的公司機關學校則能夠透過文憑、證書、著作...等等之審察來判斷人才、以及許多專門提供訊息的報章雜誌或（人力、房地產）仲介公司（訊息本身也成為商品了），改善了蒐集正確訊息的困難⁷⁵。

「外部性」(externality)也是阻礙資源被投入追求利潤活動的原因。「外部性」是重要的經濟學概念，也是下一章在探討 Coase 的學說時還會再提起的。「外部性」通常被定義為「在經濟活動中，某些產品的消費或生產行為，會使得交易雙方以外的第三者產生利得或損失；而這些受到影響的第三者，或者無須為所獲利得而負擔費用，或者無法就所受損失而要求補償」⁷⁶。例如工廠生產商品販售給其客戶，但是工廠排放廢氣污水卻影響附近居民的健康，這是「負的外部性」；要是花店賣花而花香四溢讓附近居民心曠神怡，這是「正的外部性」。

但是「外部性」的概念顯然也可以指涉更廣，不一定和「兩人交易去影響第三者」有關，而是一個人本身原本是為自己而做的行為對他人造成（正面或負面）的影響，也是一種「外部性」⁷⁷；例如抽煙影響別人，母親帶著孩子進餐廳（或

⁷¹ 請參閱 熊秉元，約法哪三章？，129。

⁷² Mankiw, 同註 2, 13 頁。

⁷³ EAL, p. 11.

⁷⁴ 請參閱 高希均，同註 15, 320 頁。

⁷⁵ 請參閱 同上，323 頁。

⁷⁶ 毛慶生等，同註 9, 238 頁。

⁷⁷ 經濟學家對「外部性」有如下的定義，其未必指兩人交易影響第三人，也未必指經濟行為，而是任何行為皆可。「人們的經濟行為有一部分的利益不能歸自己享受，或有部分成本不必自行負擔者」(張清溪等著，經濟學—理論與實際，台北 1987, 310 頁)，「某種行為對當事人之外其他人所產生的影響。如果是正面的影響，就是正的外部性；如果是負面的影響，就是負的外部性」(霍德明，同註 3, 243 頁)。

搭車)孩子哭鬧影響他人安寧或降低餐廳品質,養狗卻管教不當而讓狗亂吠影響左鄰右舍的生活品質,女人塗香水讓旁人聞到香味,某人自己花錢去打了肝炎疫苗之後除了保護自己之外也會減少他人被感染肝炎的機率,某人不開車而改搭乘公共汽車則使馬路更為空曠好走,某人蓋了一棟漂亮的房子而美化了整個周圍的環境⁷⁸。

財產權不清楚就是一種「外部性」,這當然會讓人想投入資源從事利潤的開發者裹足不前。或者擔心別人製造污染可能造成原本有利可圖的事業(例如養殖魚蝦)遭受波及而血本無歸,因而不敢投入。

在一個「完全競爭市場」中,有眾多的廠商投入產品的生產及不計其數的消費者,市場的規模巨大,每一個廠商的產量對整個市場而言都微不足道,因此任何廠商都不可能以增加或減少產量來影響價格。價格將呈現固定,因此**由個別廠商的眼中看整個市場的需求而言,需求曲線(D; demand curve)乃一水準直線**,也就是說,在這個由市場「一隻看不見的手」(an invisible hand)所決定的價格下,每一個廠商可以銷售掉其生產的任意數量之產品。

而因為(如註腳 19 所述)「完全競爭市場」下各廠商生產的產品是同質的,因此每一廠商生產的產品都有眾多的替代品,因此,固然在市場所決定的價格下每一個廠商可以銷售其生產任意數量的產品,但只要一個廠商將其商品價格提高一點點,就會完全銷不出去,即「消費者的需求彈性無限大」,這就是右圖(水準需求曲線)所代表的意義,這是指單一廠商所面臨的需求曲線⁷⁹。

如果真有廠商把商品價格提高而導至其商品一件也賣不出去,則其它廠商立刻會攫取這個獲利的機會⁸⁰。

1.2 「效用」、「價值」、「效率」的探究

現在我們將進入「法律的經濟分析」一書第 §1.2 章節的內容。在這個章節中,Posner 界定了「效用」(utility)、「價值」(value)、「效率」(efficiency)三個概念,其中,尤其是對「效率」概念的思辨最為重要,而且也已經進入了哲學探究的領域之內。蓋因法律經濟分析學派奉「效率」的追求為圭臬,則對於什麼叫做「效率」,便不能不先有深入的思索。

1.2.1 效用 (Utility)

⁷⁸ 請參閱 Mankiw, 同註 2, 220-221 及 238-239 頁。

⁷⁹ 請參閱 同上, 347 頁。

⁸⁰ 請參閱 EAL, p. 13.

Posner 首先界定的是「效用」的概念。「效用」是經濟學家最常用的概念之一，但卻也是讓經濟學家感到最棘手的概念；因為「效用是一種抽象的觀念」⁸¹，「欲望滿足的程度，稱為效用」⁸²，它是「幸福或滿足程度的衡量尺度」⁸³。但是這種幸福或滿足的感受卻是主觀的、存在於個別的人自己心中的；在每個人自己的心中尚能有一把「偏好之尺」去感受到不同的事物帶給他滿足程度大致上的大小差別，但是「滿足感」若要在人際之間進行比較就會困難重重，例如每個人吃一塊雞肉或聽一曲莫札特的音樂內心的感受是南轅北轍的，吾人無法客觀固定化消費某一件財物能在一切人心中產生多大的效用值。又就算不同偏好的人對不同的事物都說其使他覺得「很滿足」，我們也無法說樂迷聽了音樂的快樂及足球迷看了足球比賽的快樂是誰大誰小、甚至誰的快樂較為「高級」或「低級」。雖然有少數經濟學家企圖在人際間從事效用大小的比較，但是大多數的學者認為「效用」無法進行人際間的比較、或者僅僅在極有限的情形下可大膽地加以比較（例如：一百美金對一個挨餓三天的乞丐的效用比對天下第一富豪大）。通常，吾人使用「效用」一詞僅僅旨在說明每個個人依其偏好及感受去自行考量做選擇，以求達成他自身所欲的最大的滿足，但卻難以跨出個人的主觀一身之外去做人際間的比較⁸⁴。

除了這個傳統的「效用」的意涵之外，Posner 在此指出「效用」在經濟學上還有另一種截然不同的意涵⁸⁵；在此，他指的其實就是探討「風險」(risk) 問題之所謂的「不確定性經濟學」(Economics of Uncertainty) 中所談的「預期效用」(expected utility) 的概念。這個學說是用來處理人們面對風險下如何做抉擇，乃是由經濟學家 John von Neumann 及 Oskar Morgenstern 所建構的理論，亦可在某些觸角伸展得較廣的教科書中查閱到對其之介紹，便可輕鬆理解⁸⁶。然而，在此所談論的「預期效用」理論的詳細內容並非理解法律經濟分析問題之必要前題，因此僅在註腳中稍予說明，因為本書並不需要重複經濟學教科書扮演的功能。

另外，對於 Posner 認為在「預期效用」的理論中「效用」具有與通常用法截然不同的含義，亦有經濟學家並不表示贊同；同樣地，筆者也不認為「效用」

⁸¹ Mankiw, 同註 2, 512 頁。

⁸² 張清溪, 同註 32, 111 頁。

⁸³ Mankiw, 同註 2, 484 頁。

⁸⁴ 請參閱 Sen, 同註 5, p. 30-31.

⁸⁵ 請參閱 EAL, p. 12-13.

⁸⁶ 例如請參閱高希均(同註 15) 312-314 頁，有詳細的文字及圖例說明。例如小王如果去當公務員每個月可**鐵定**領兩千元的薪水。但如果小王去保險公司上班，其績效達到標準時可領三千元，績效未達標準時只能領一千元，而每個月能不能達到標準的機率都是 50%。則甚為明白，選擇兩種工作中任何一種其「期望值」(expected value) 都是相同的，即兩千元的收入。但是不同性向的人卻會做出不同的選擇；大多數人都是「逃避風險者」(risk averter)，因此依據「邊際效用遞減法則」(principle of diminishing marginal utility)，從期待兩千元的收入降到結果只拿到一千元的收入時之痛苦、會大於期待兩千元的收入而拿到三千元的快樂；故兩者相加，仍是痛苦多於快樂。在這種情形下，厭惡風險的大多數人，會選擇當公務員而不去保險公司上班。反之，少數「愛好風險者」(risk lover) 則對於冒險會感到無比的快感，其主觀感受的情形正好與大多數人相反，其選擇當然也會相反。

在此的意義（固然其所指的是預估中的、尚未被實現感受到的滿足）與一般的用法之意涵有本質上的區別。

1.2.2 價值（Value）

接下來我們要探討 Posner 對「價值」的理解。他對「價值」有一種特別的定義，這個特殊的定義非常重要，是吾人一定要熟悉並時時牢記的，因為這個定義充分代表了 Posner 只以市場機制（即「真正在市場上能夠成交的價格」）為客觀基礎來判定一切（包括精神情感、健康、才能、物品）的「價值」高低，以澈底揚棄「功利主義」以個人主觀的、無法計量的「滿足感」來判定一物的價值。

依此，Posner 定義：某人有意願購買（willingness to pay）某物的出價、並且真有能力支付，才是一物的「價值」⁸⁷。他的例子是說：某窮苦人家有一得了侏儒症的小孩，必須注射腦垂體下腺液才能長到正常高度，否則這小孩子將來成了侏儒一種必定一生受盡痛苦；但可惜其父母無力購買這昂貴的腺體液。反之，一富裕人家的孩子本來就可以長到正常的高度，而若是再注射腦垂體下腺液可以再多長高一點點，可以替這富家小孩的生命多增加一點點樂趣，而這富家小孩的父母就真的買了這腺體液。於是，依照 Posner 對概念的界定，可得到如下的結論：「腦垂體下腺液對窮人而言比對富人的孩子有更大的『效用』（更能帶來幸福），但是腦垂體下腺液對富人比對窮人更有『價值』」。

在此的關鍵點是，假設富人願意、也有能力出三百萬去買此腺體液；而窮人願意最多花三百五十萬去買，但是他卻根本湊不出錢一毛錢來；則光是有意願是不算數的，要真正有能力把錢拿出來買才算數，故這腺體液的價值就是三百萬而非三百五十萬。在此要補充的是，如果願意出三百萬購買的富人（而且他也準備好三百萬元了），最後忽然得到賣方的自動減價，實際上只以二百九十五萬元就買到了，在這種情形下，依 Posner 而言，這個物品對富人而言，仍是具有三百萬的價值（因為他真有意願、也有能力以三百萬來買）。

同理、但反過來站在出售者的角度而言，某一項物品的擁有者宣稱要有人願意出一千萬元他才肯出售某物。則只有真的有人願意出一千萬元來買，我們才能夠說此物的價值是一千萬，否則如果物主表示要有人願意出一千萬元他才肯出售某物，但現實上，全世界連願意出一毛錢來買他的東西的人都沒有，則這個物品的「價值」就是「零」。

為什麼 Posner 要採取這種對「價值」的界定呢？因為若是不強調真正有意願、也有能力付錢，則光是說有意願出高價買，卻不必真正有能力付錢，則人人都可以參與這漫天出價的比賽，甚至隨便喊出十億、百億等等天文數字的價錢，則又怎麼去計算價值的高低呢⁸⁸？同理，光是吹噓我的某東西多麼珍貴、對我而

⁸⁷ EAL, 13.

⁸⁸ 請參閱 PJ, p. 356-357.

言是價值一千萬的、不拿一千萬來我就不肯賣，但事實上全世界根本沒有人認為它有價值、即根本沒有人願意花半毛錢來買，則每個人隨便誇張說自己的某物是如何地值錢，那將漫無標準，又怎麼去計算「價值」的高低。所以，一物的「價值」到底是多少，不能是主觀一廂情願、自己隨便說說算數的，而是要有「市場」的基礎、即市場上真正能成交的價格為基礎。

Posner 對「價值」的這個嚴格規定，即要「真的想買、而且也有能力付錢才算」、「在市場上真的能成交」，是透露一個非常重要的訊息、即許多經濟學家的思考模式，他們希望規避抽象的規範性、評價性的判準（如幸福、福利、效用），而僅僅遁入精確可計數的世界中，逃避難以捉摸、玄之又玄的倫理學論辯。所以，許多人看到 Posner 鼓吹「財富最大化」就誤以為他和講求「給最大多數人最大幸福（效用）」的「功利主義（效用主義[utilitarianism]）」是一夥的而指責 Posner 是功利主義者；這（不管功利主義到底應不應被指責）絕對是個粗率且錯誤的指責；因為，「效用」（utility）正是 Posner 最忌諱、最厭惡、最痛恨、最想要避免的一個價值標準，也就是說，Posner 就是因為認為「效用」是個極主觀、極不適宜的標準，才會提出「財富最大化」作為其所認為更合宜的標準。為此，他特別界定其所理解的「價值」的意義，把市場上確實能夠成交的客觀金額作為計算財富的基礎；對此，本書第三章在介紹 Posner 對功利主義的反駁時，就會再更詳細說明⁸⁹。在此僅先簡單預先點出 Posner 唾棄以「效用」做為判斷或財物應分配給誰的標準之兩個理由：

第一，人際間的效用難以進行比較。

第二，又就算假定在某些情形下某一財物分配給李四所能給李四帶來的幸福感會大於把此物分配給王五所能帶給王五的幸福感，Posner 認為絕對不能因為僅憑這個理由就主張李四有權利得到該財物。就像李四吃一顆蘋果的滿足感會高於王五，所以蘋果就應該是送給李四！Posner 認為這是豈有此理，他是絕對拒絕這種哲學的；在此，我們可清楚地看到自由市場（自願交易）的擁護者、與 John Rawls 這另一陣營的價值觀尖銳的衝突。Rawls 認為，某一財物分配給 A 方所能給 A 方帶來的幸福感若會大於把此物分配給 B 方所能帶給 B 方的幸福感，則就應該叫 B 方把部分的財物交出來送給 A 方，或者說是 A 方就有權利叫 B 方把部分的財物交出來送給 A 方（當然，Rawls 仍加了一些設限的條件，即移轉的財物量是有限的：也就是說 B 方少了這些財物並不會減少很大的幸福感，而 A 方因為本來幸福的水準極低，多了這麼一點點財物就會增加頗為顯著的幸福感，且能過基本有尊嚴的生命，即 A 方也不能要求得太多，只能要求到能過有基本尊嚴的生活為止）；故 Rawls 主張對富人抽「累進稅」（progressive tax）就是這個意思，即一個財物對誰的效用大，誰就有權利得到這一個財物。但是，這種被左派認為天經地義的「正義」觀（所謂「財富的重新分配」），在自由市場的擁護者如 Posner、

⁸⁹「財富」與「效用」（幸福）雖然經常呈現正比、或工具與目的之關係，但是兩種概念還是有別的。在本章 1.3.2 段落及本書第三章探討 Posner 本人對別人指責其為功利主義做出答辯的地方，筆者將會詳細探究「效用」及「財富」的不同。

Nozick 之輩眼中卻正好是最蠻橫無理、令其不堪忍受的國家暴行；其認為一個窮人怎麼能僅憑這種理由就要求富人的錢要送給他，他為什麼不想人家有錢人是怎麼（經什麼「程序」）才致富的呢？是靠著勤奮、敢冒風險、和他人的一連串彼此自願的交易...才得到財富的，又不是靠偷靠搶。

但是，左派顯然是一直強調先天的弱勢性而堅持「財富的重新分配」的正當性；反之，自由市場的擁護者一向對此非常忽視、或堅持窮人不管多麼悲慘（不論是因為後天偷懶或先天不幸的命運造成的）仍不能構成強迫富人給錢的理由。

1.2.3 效率（Efficiency）

Posner 在界定完了「價值」之後，就可以依此為基礎來界定「效率」。他將「效率」定義為**使社會的整體「價值能被達到最大化的資源配置」方式**⁹⁰；也就是說，社會上每個人所欲出售的物品或欲提供勞務都被最有意願、也有能力的人所購買、且金額達到最大的可能性，這就是「效率」，也就是社會的「財富最大化」——Posner 法理學的終極追求！

此外，當然要達到「財富最大化」，也要避免資源的浪費；例如，若是私人之間能以協商的方式、或政府能以政策或法規最佳地避免社會資源的浪費或解決污染的發生，這也是促成「財富最大化」的法門之一。

雖然，如筆者在「導論」中所指出的，Posner 立刻聰明地補充說他無意將「財富最大化」當作唯一的價值標準（筆者按：「價值」在此指的是一般日常語言的意義，Posner 在行文中也是如此地在不同脈絡下將日常語言的意義及其特別界定的意義同時使用），但是他也承認他在《法律的經濟分析》一書中的確是只單單以「效率」作為考察世界的準則⁹¹。筆者認為可以如此歸結：

就算 Posner 表示過「財富最大化」不是世界上唯一的價值標準，但是他的學說中仍不探討其它的標準，即完全不以其它標準來考察世界的事態，而他也避免去明言其理由是為什麼（也許他認為其它的標準只是意識形態、是理性無法加以證立的，或至少是在經濟學的學術架構無法探討的...）。在其學說中，他只想單單以「效率」來觀照世界，對其它的價值觀採取敬而遠之、存而不論的態度；但由於他始終沒有明白告訴我們，在哪些事態中單單用「效率」來觀照是恰當的、已足夠的、而哪些則未必。但如果是這樣的話，則如本書 0.2.1.2.2 段所說的，他的論述將帶有極大的誤導實踐的可能性。因為我們要判斷世間的行為當不當為，不能不先釐清這個行為該受哪些尺度來指導，是只需考慮效率？或完全不需考慮效率？或效率與其它的尺度要一併考慮？又相互的比重如何？或在什麼程度下，某一尺度佔有決定性的地位？

⁹⁰ EAL, 13

⁹¹ 請參閱 同上，p. 22-23; p.29-30.

因此，我們無法說只「先用」效率來考察事態，而暫將其它尺度「存而不論」；因為這種「割裂」式的考察毫無意義，甚至是多餘的！因為我們面臨的題材並不是像在實驗室中對某一金屬物質做測驗，即我們可以先測其硬度、再接下去分別測量其熔點、延展性、耐腐蝕性、密度...，而每個獨立個別的測試所得的知識都是有意義、有用的。反之，在思考一個案件時，必須有機、整體性的考慮各種（相輔或相衝突的）價值；若是只考慮效率，則它還是不能告訴我們，稍後再經過完整的多種角度的考察之後，結論不知又要變成什麼；則這個已做的片面考察是多餘的。除非這個事件只需單單用效率的觀點來考慮即可，但是這又必須先論證「為什麼這個事件只需僅用效率這唯一尺度來思考即可」。

法律經濟分析思維的盲點盡在以上所評矣！

1.2.3.1 政策或裁判決定得與失之正當性基礎何在？ — Pareto 與 Kaldor-Hicks 的原則

Posner 顯然也知道「效率」或「財富最大化」作為一種價值尺度是有嚴重缺憾的。即社會總體財富的增加，並不保證財富的分配是平均的；而分配的不均可能基於兩種原因：

第一是自由競爭的社會下弱勢者或不幸落敗者淪為貧困。這種情形左派人士會認為國家有必要介入照顧，但古典自由主義者則嗤之以鼻；在此，會有見仁見智的看法與激烈爭執，但是誰是誰非尚難定論。而如果 Posner 主張國家無介入的理由，則這只是所有古典自由主義的共同主張，是涉及個人根本的倫理學信念的問題，也很難立即說其一定錯。

但是第二種原因就顯然很難正當化，因為法律經濟分析學派追求「社會財富總量最大化」乃是包括去要求政府在政策及立法上朝最大化社會財富總量的方向走。但是「社會財富總量最大化」的意義（實現方式）並不清楚，如「導論」0.2.1.1段所說的，它是指「人人都獲利」？或只是「一部分人獲利、而獲利者的總量大於損失者的總量即可」？政府的一項經濟政策雖可能讓某些人致富，但同時也可能讓某些人的生活變得更困苦悲慘；例如政府實施了某一種經濟政策（開發一個工業區）是確定能最大化地提昇總體 GDP 的；但這項經濟政策的結果是造成社會上的收入排名前 1% 的大富翁之財產暴增一倍，但最窮的 1% 之低收入者之財產則是減少一倍（假設其他人的情況不變），這將使得例如昂貴的腦垂體下腺液會有更多的大富翁想購買給他們本來就可以長到正常高度的孩子使其能多長高一點點（那麼這勢必造成價格上漲），雖能促成社會財富的更為增大，但是腦垂體下腺液依然並沒有被保證能落入最需要它的人之手中去促成幸福的最大化，例如窮人家得到侏儒症的小孩假設他得到治療其滿足感會大大超越前述買賣雙方滿足感之總合；但由於「財富最大化」並沒有讓原本的窮人更有錢，這家窮人仍舊只有受苦、甚至更苦的份。則 Posner 提出「財富最大化」的學說到底正當性

何在？

由於社會財富總量的增加並不蘊含人人的金錢收入都得到改善（更不用說是人人的「幸福」都得到改善），故 Posner 指出，有些經濟學家為了解決這個難題，就把「效率」一詞只限定在用來描述市場自願交易的行為。因為經濟學上一個根本的重要原則就是自願從事交易的雙方一定是認為交易能為自己帶來利益才會進行交易，因此自願的交易一定帶來雙方都利益都上升的結果⁹²。論述到這裡，Posner 提出了其所喜愛運用的一個經濟學重要概念「Pareto superiority; Pareto improvement」（「帕累托更優」或「帕累托改善」）。如果因為一個政策或私人的行動...促成的變化是「使某些人的狀況得到改善時，沒有其他任何人的狀況變差（即至少維持平盤）」，則我們就可以說新的情勢比起舊的是「帕累托更優的」（Pareto superior）⁹³。「帕累托更優（改善）」的最起碼條件是「有部分的人情況變好而無人變差」，而若是「所有人的情況都變好」，則當然也是達到「帕累托改善」。而在世界上，只有基於自願的交易才能夠保證達成「帕累托改善」，因為（除非是誤信了錯誤的訊息）沒有人會自願從事一項對自己不利的交易（即使所謂的「認賠賣出股票」也是一種追求利益的行為，因為其認定不賣其情況會變得更惡化）。

但是法律人和經濟學家不同，在法學的領域內，我們不可能只限於談私人之間自願交易的情形，因為法律的世界涉及了各式各樣的事務，其中許多是強制的規定或政府決意的施政，而且 Posner 的學說也正是要求政府在行政、立法、司法上都採取促進財富最大化的措施，則法律人必須要對這些立法、裁判或行政給予理由；例如，政府為了發展經濟所採行的政策會導至環境污染而讓一些居民的健康受損，或是必須以削減社會福利才能渡過某一經濟難關重振經濟、卻導至一些原本就弱勢的人民得不到良好的醫療照顧。雖然事後政策成功了，也讓許多人變得富裕，但卻也有受害者。在這個人民的利益彼此相衝突的世界、而政府所掌握的財物資源又不是無限的，想要期待「帕累托改善」情況的實現，是極為困難的。例如政府興建地下鐵系統造福了城市居民的交通，但是原本公共汽車的業者及出租車的駕駛就要抱怨了；政府若採取照顧勞工的政策，資本家也要抱怨。處在這種絕大多數情況下我們都只能面臨「一方有得、一方必有失」的世界，我們如何賦予政策、立法或司法一個理由、一個正當性基礎呢？

經濟學家 Kaldor 在 1939 年（隨即 Hicks 也加以附和）倒是提出了一種企圖借助「補償的可能性」來擺脫上述之困難的公式。他們兩人認為，如果一項政策導至「一方有得、一方有失」的情形，但是只要此項政策實施的結果能讓獲利的那一方的獲利量大於失利的那一方的損失量（即損益相抵之後「總量」還是增加

⁹² Posner 對此基本觀念是一再的強調：「契約的任何一方除非認為契約會帶來讓他過得更好的結果，他就不會簽這契約」（PJ, p. 388）。「除非雙方當事人都預期交易能使他們的情況變得更好，交易就不會發生」（EAL, p. 15）。

⁹³ 義大利經濟學家 Vilfredo Pareto（1848—1923）並不只是純粹的經濟學家，也同時是社會學家或政治哲學家；所以其提出的原則與其說是科學技術性的，毋寧說更具有價值判斷性質；稍後對此將再闡述。

的)，那麼，由此可知，若叫獲利的那一方補償失利的那一方之後，獲利的那一方的情況還是會比政策實施前的情況好，則這個政策就有正當性。Kaldor 說，要正當化一個政策，經濟學家「...只需說明，即使所有遭受損失的人們完全得到補償，社會上其他人的狀況仍然比以前有所改善」⁹⁴。黃有光教授表示：「卡爾多〔Kaldor〕實際上提出了這樣一種標準，即若受益者在充分補償損失者後，狀況仍能〔比政策實施前〕有所改善，則這是一種社會改進」⁹⁵。

然而 Kaldor-Hicks 的原則所要求的補償只是一種補償的「可能性」，即他們的原則不要求有真正採取補償的行動，因為如果 Kaldor-Hicks 的原則要求的是在每一次「一方有得、一方有失」的情形下真的隨後總是必有實際的補償發生，則 Kaldor-Hicks 的原則就沒有存在的必要了，因為如此一來，Kaldor-Hicks 的原則和帕累托法則其實就沒有兩樣了；這道理很簡單，「因為當每個人的狀況都得到改善或至少不惡化時，帕累托法則本身已是充分的」⁹⁶。是故，Kaldor-Hicks 的原則要求的補償只是一種「可能性」，一種潛在的能力，但並不需要真正有補償。

如果到頭來我們論個清楚之後，發現原來 Kaldor-Hicks 的原則只要求「補償的可能性」、「補償的潛在能力」，那就難免招致被人群起而攻之的下場了。因為，若按照 Kaldor-Hicks 原則，其實一項政策只要能產生「得利的那一方的獲利大於受害的那一方的損失」就已經得到道德的正當性了，而不管獲利的那一方是不是真的對受害的那一方做出了補償；也就是說，政府的政策不管多少人受益或受害，只要最後得失相加的結果是讓社會財富的總量增加，則就有正當性。那麼我們不禁要問：為什麼只要「社會財富的總量增加（而不顧受害者的死活）」本身就是一個值得追求的價值呢？Sen 教授就對 Kaldor-Hicks 原則做了如下嚴厲批的批判：「為什麼在建立社會改進時，這個對損失者進行補償的僅僅可能性（the mere possibility）應該是適當的呢？即使該補償事實上並沒有發生。損失者可能包括社會中處境最糟、以及最悲慘的人。而被告知說有可能充分補償他們，但（「我的老天！」）卻沒有任何實際的計劃要真的這麼做，則能有些微的安慰可言嗎？另一方面，如果損失者事實上受到補償，則整個結果——在得到補償後——是帕累托改善，那時候我們就並不需要這個補償的試驗來充當帕累托原則的補充。所以補償原則若非令人難以信服、就是多餘的（either unconvincing or redundant）」⁹⁷。

Posner 也說得很明白：「由於在現實世界中幾乎從未滿足帕累托改善能存在的條件，...則在經濟學中，實際在運作的效率概念一定不是帕累托改善意義上的。當一位經濟學家在談論自由貿易、競爭、污染控制、或某些其它政策、或關於世界狀況是有效率的之時，百分之九十所指的都是 Kaldor-Hicks 意義的有效率」⁹⁸。

如果是這樣，「效率」作為一個政策正當化的基礎僅僅只要滿足「得利的那

⁹⁴ 黃有光，福利經濟學，台北 1999，64 頁。

⁹⁵ 同上。

⁹⁶ 同上，65 頁

⁹⁷ Sen, 同註 5, p. 33.

⁹⁸ EAL, p.14-15.

一方的獲利大於受害的那一方的損失（即社會財富「總量」增大），而不需要一定對受害者給予賠償」這樣的條件，那麼當一個政策（或立法或司法判決）能促進國家經濟發展、造福了資本家、但卻造成原本的弱勢者更加貧困時，則左派思想家及窮人們一定會質問這種政策其道德正當性的基礎是什麼？

總之，將「效率」作為價值的判準，並且（鑑於現實世界的情況）採用 Kaldor-Hicks 原則作為符合「效率」的基本條件，勢必引起極大的爭議。同樣的，就算是採用「帕累托改善」來界定「效率」的內涵、即要求國家的行為一定要滿足「帕累托改善」意義下的「效率」才具有道德的正當性，也仍一樣會引起爭議，因為「帕累托改善」只要求至少「在有一方的狀況改善時，另一方的情況至少沒有惡化，（當然雙方都獲得改善更好）」。⁹⁹如此一來，可想而知還是會有某些倫理學家會提出各式各樣、基於不同價值觀的異議；不同立場的倫理學家可能會提出不同的種種看法、添加更多形形色色的要求或內容，例如某些更重視財富平均分配的哲人將不會認同 Pareto 的原則，而是可能會提出下面幾種型態的要求：

1. 一定要一切人的情況都以相同比例得到改善！
2. 一定要一切人的情況都得到改善，而且窮人獲得改善的幅度必須大於富人。
3. 一方的狀況改善而另一方的情況至少沒有惡化的原則雖然可行，但獲得改善的一方必須是窮人，維持原狀的是富人。

由此可知，「帕累托改善」的原則只是 Pareto 個人提出的一種價值觀，它是人類無數多種價值觀中的一種而已；帕累托的原則不是物理的自然法則，而是一種倫理學的個人觀點而已。而 Pareto 所提出的這個價值觀之所以較能被廣泛接受，是因為它至少要求沒有任何人的情況惡化，因此許多人覺得何必要反對它呢⁹⁹。

真正的難題反倒只是在這個資源稀少、而且人民的利益又往往互相衝突的世界中，連要達到 Pareto 的要求都已經很吃力了；換句話說，若真能實現「帕累托改善」，許多人會認為這還有什麼可以反對的。儘管如此，如前所述，也還是有更為強調「分配正義」(distributive justice)者如 Rawls、Sen 教授仍認為 Pareto 的原則是未能實現正義的、是個貧乏不足的原則、是尚未充分照顧到弱勢者的；至於其立論及批判的詳細內容，稍後在深入反省 Pareto 原則時將一併討論。

1.2.3.2 恢宏的計劃 — 以自由市場交易模式全面重構法律，以求解決政策或裁判決定得與失之正當性的難題

由於 Kaldor-Hicks 原則不要求必需有補償的作為，實際上它就等於是服膺「一個行為不管讓多少人受益或受害，只要最後得失相加的結果是讓社會財富的總量增加，就具有正當性」的標準，因此引發了極大的反彈。而「帕累托較優」的原則雖然爭議較小，但要滿足它，除非是在自願的市場交易行為中，否則在世

⁹⁹ 請參閱 黃有光，同註 49, 34 頁。

間亦不易實現。正因如此，Posner 的腦中靈光乍現，認為那我們何不將一切生活領域中的事件都模仿自願的市場交易的型態，如此就可以實現交易的各方皆獲利的結果。

法律之中原本充滿了許多非自願性的交易，Posner 指出：「..許多由法律制度影響或由其產生的交易都是非自願的。大部分的犯罪和事故都是非自願的交易、一個支付損害賠償或繳納罰金的司法判決也是如此」¹⁰⁰。他也承認，以法律為後盾的強制交易型態若是和自由市場的交易型態相比較，將會顯出其缺乏效率¹⁰¹。於是 Posner 在此揭櫫了他整個學術志業的宗旨，就是在一切法律領域中要「...企圖在強制交換發生的環境中重構與市場交易相似的條件」¹⁰²。

也就是說，在每一案件中，對於原本是法律強制規定的交易型態都加以重新思考檢討，先忘了法律強制規定的交易方式，去想想這些事情若是純粹用自由市場的方法將會如何被解決、或是假設每一種案件若是由人們私下協議、按照人們自己服膺「追求最大自我滿足之理性」、「減少浪費資源」的行為模式，人們會事先互相約定出什麼樣的規則來解決未來發生的這些事件。

顯然，這是一個志氣恢宏的學術及司法實踐的企圖與計劃！它要顛覆傳統法律所秉持的價值觀、將之拋諸腦後或至少存而不論；取而代之的是用自由市場的方法、或是去設想「追求最大自利」的人們依市場上自由協議的方式經過一番討價還價之後將會如何自行重新擬定對每一種法律事件的解決方法來「重構」（reconstruct）整個法律的規範。茲舉例說明如下：

Posner 認為，社會是眾人進行互動的場域，眾人的興趣是會企圖「將活動的共同成本最小化」¹⁰³。但是無奈既有的傳統法律基於某些神秘的、無法被證立的「正義」、「人道」、「人性尊嚴」...等等價值觀所縛，不惜犧牲效率去達成這些高尚的口號，結果是讓人民、讓社會付出損失巨大財富或效率的代價。Posner 以收養嬰兒的事態為例指出：明明就有很多人希望能收養孩子（有強勁的需求），而也有人願意把孩子給別人收養或是棄嬰孤兒也需要讓人收養（有供給）；本來這種事情就讓市場機制去解決就好了，但是由於買賣嬰兒或一切人口買賣被人類認為是一件極不道德的事情，因此政府立法強行禁止買賣嬰兒；而這種事情若不讓它透過市場來得到解決，將會有什麼後果呢？

美國有些州只允許收養在社會機構中被收容的孩子，而收養者要付給社會機構少許金錢，但其金額遠低於自由市場供需定律所決定的孩子的價錢；這等於是政府訂立價格上限，結果造成供不應求。

這種價格管制的結果，如在本章註 4 所述，將造成「排隊（等待）」、「配給」、「黑市」的結果。排隊等待是對想要收養小孩者的折磨；配給則造成手握資源者在分配時的武斷專擅，趁機提出各種奇

¹⁰⁰ EAL, p. 15.

¹⁰¹ 請參閱 同上，p. 16.

¹⁰² 同上。

¹⁰³ 引自 David D. Friedman, *Law's Order*, Princeton 2000, p. 297.

怪的篩選標準¹⁰⁴；黑市或包括一切非法行為則例如對社會機構人員的行賄。

或者，Posner 提到美國有些州允許欲收養孩子者可直接和想把孩子給別人收養的父母（或孕婦）協議，但不准許金錢交易（故談不上是真正的市場行為），只允許欲收養孩子者可以支付孕婦的醫療費用；但是事實上想把孩子給別人收養者一定又巧立其它名目或私下授受來收取更高的費用，則欲收養孩子者所付出的代價可能還比自由市場交易下的代價更高¹⁰⁵。

Posner 顯然意謂著這種基於「正義」、「人道」、「人性尊嚴」...等等價值觀而做的法律強制規定都是窮極無聊的、而其最直接的結果就是造成了社會的無效率，它破壞了市場機能、把事情弄得一團混亂又複雜¹⁰⁶。他顯然在暗示這種管制是沒有必要的，因為若是任憑市場機制去運作、採用自由市場的方法，不但有效率，且最愛孩子的人自然會出最高價去買，則這對孩子豈不也最好，因為其進入到一個最愛他（她）的家庭中¹⁰⁷。

又例如：社會上不免發生侵權行為，人們每個人都有可能成為他人過失下的受害者，但也有可能因為自己的過失去傷害到別人。如此一來，人們最關心的是：「我究竟要花費多少代價去預防事故的發生才叫做沒有過失而不必負損害賠償之責」？畢竟人人都想知道答案，因為人人都想知道自己平時要花費多大的代價、付出多大的注意才不算有過失、才能避免賠償；比方說，我在太平洋中央擁有一個無人小島，剛好一個船難的生還者在島上等待救援時踩到猴子亂丟的香蕉皮而跌傷，這能說我疏於預防而要求我賠償嗎¹⁰⁸？眾所周知，1947 年美國法官 Learned Hand 提出公式來確立判定有無過失的準據；他確立了三個要素，第一是事故發生的機率 P ，第二是一件事務發生後其損失的程度 L ，第三是預防意外事故發生所投入的成本 C 。如果 $C < P \times L$ ，則被告就有過失，因為這表示他投入預防的資源不夠、未盡善良管理人應盡的注意之義務¹⁰⁹。Posner 顯然意指這個公式值得被接受、也應該會是人們若在事先的自由協議下會樂意贊同的一種解決

¹⁰⁴ 例如有些社會機構竟然無聊地要求養父母和生父母必須有相同的宗教信仰（請參閱 EAL, p. 168）。

¹⁰⁵ 請參閱 EAL, p. 168-169。在上圖中， P_0 是假設孩子的收養完全交由自由市場供需法則決定下所得到的均衡價格， Q_0 則是在此情況下透過交易會被收養的孩子的量。而 P_1 則是政府強行管制的價格（收養者要付給社會機構少許金錢）， Q_1 則是在此情形下供給一方願意提供的量； Q_2 則是在此低價下需求的一方想要的量。而 Q_1 到 Q_2 之間即是「短缺」（shortage）的量。

¹⁰⁶ 這個問題會涉及到站在擁護自由市場機制、認為自願交易代表雙方皆獲利（無受害者）之立場的學者，皆對傳統上國家禁止娼妓、皮條客（性仲介）、黃牛票販售者、甚至販毒...的法律提出強烈的質疑。這是一個重要、慣常、且橫跨倫理學、法學、及經濟學的傳統大問題。Posner 在「刑法」一篇中提到這個問題，故本書亦在第九章「刑法」中探討之。

¹⁰⁷ 有人會質疑說出最高價錢買孩子的人未必是最愛孩子的，而是對這孩子有不軌的利用之企圖（例如性的濫用或其它圖謀）。Posner 則辯護說目前一切保護兒童的法律一樣適用於養父母、能制止這種不法事件的發生（請參閱 EAL, p. 169）。

純就法律的立場而言，Posner 這個辯護是可以成立的。但是，前提是法律的機制真能有效的監督收養者。

¹⁰⁸ 請參閱 Buchholz, 同註 8, 232 頁。

¹⁰⁹ 請參閱 同上。

意外事故侵權行為的準則；也正是在這個意義下，他認為一切都可還原為契約：「幾乎任何侵權行為問題都可以當作契約問題來被解決，即藉著問事故中的當事人，他們會事先同意做什麼安全預防措施...」¹¹⁰。

1.2.3.3 對市場效率作為唯一判準的省思 — 窄化的視野

總之，法律經濟分析學派對其它一切倫理道德的價值觀存而不論，而在其論著中僅僅願意依效率及財富的追求來論斷人們會怎麼做、應該怎麼做。除此之外，它建議直接以自由市場的方式、或是去揣測推想人們若依自由協議的方式經過一番討價還價之後將會如何自行重新擬定對每一種法律事件的解決方法來「重構」(reconstruct) 整個法律的規範。

法律經濟分析學派顯然厭棄一切倫理學價值觀對法律的先然束縛，因為傳統法律人對各種倫理價值謹慎顧及的態度，導至法律對事件的處理往往把效率置於

¹¹⁰ 引自 D. Friedman, 同註 58, p. 307. 雖然，符合民法生效要件下的自由市場之自願交易可以說是造就了一種讓參與締約者者都能獲利的環境，以致 Posner 極力想把法律所規範的一切領域都以「如果由人們自己事先依自由協議來規範這件事，那麼（追求最大自利的）人們將會約定出什麼樣的規則」這樣的方式來加以「重構」。但是他也指出，即使是在自由契約下，甚至仍未能保證「帕累托更優」的實現；原因是例如兩人交易固然兩人都獲益，但是有時會對沒有參與契約的第三者產生負面影響（請參閱 EAL, p. 14）；在這種情況下，Posner 指出，依 Kaldor-Hicks 原則，只要獲利的雙方之獲利總和大於受害者的損失，則此一行為在效率的觀點上就是正當的（而不論受害者有沒有真正獲得獲利者的補償）。

在此，筆者要補充兩點作為澄清：

第一，在上述的情形下，筆者認為本來就並不是每一個受害者都有權利要求補償，例如 Posner 舉的例子（請參閱 EJ, 89-91），某工廠原本在 A 地設廠，而該工廠亦將 A 地的一部分土地出賣給人作居住之用，而有些人因為見到住在工廠旁邊是有利的（例如就業、做生意..之方便），便向工廠購地居住。然而，一段時間之後工廠見到 B 地的條件更好而欲將工廠遷到 B 地，則 A 地居民自然不樂。

Posner 將這個例子詮釋為「兩人交易讓兩人都獲益（工廠與 B 地），但對沒有參與契約的第三者產生負面影響（A 地居民）」，並在此大談不滿的 A 地居民要求工廠賠償 A 地居民。Posner 的論述實在令人不解。因為憑什麼 A 地居民有權要求賠償？除非工廠主人和 A 地人民有契約規定工廠不搬遷，而工廠的搬遷造成違約（債務不履行的損害賠償）問題；那是依法律本來就應該賠償；但這是工廠主人與 A 地人民之間既有契約的問題，完全不是如 Posner 所說的工廠主人和 B 地主人締約而影響到沒有參與契約的第三者的問題。情況和 Posner 的解讀完全不符。

而如果 A 地人民與工廠並沒有契約，則依市場上的自由競爭（A 地與 B 地人民之間的競爭）、而競爭力較差者條件不如人、在競爭中商機被搶走，有何權利要求另投他人懷抱者（搬到 B 地的工廠）賠償呢？

如果 Posner 要說，兩人締約而造成沒有參與契約的第三者受損而受害者可能有權利要求賠償的話，則筆者認為除非一則是涉及到「外部性」（即污染）的情況；工廠為了生產商品給客戶而污染了附近居民的土地及水源，而如果法律規定居民有不受污染的權利。或者二則是涉及到嬰兒的買賣，因為其交易的客體是一個人類，這也可能會造成問題（當然這要看法律給予嬰兒什麼樣的權利）。

第二，Posner 在舉例說明 Kaldor-Hicks 原則時是以「兩人交易獲益，但對沒有參與契約的第三者產生負面影響」為例，會讓誤人以爲 Kaldor-Hicks 原則只適用在「兩人交易獲益，但損害第三者」的三角關係而已。其實不是，只要是有一個人（或多個人、多群人）獲利而另外有一個人（或多個人、多群人）受害，而所有獲利者的獲利總和大於受害者的損失總和，都是 Kaldor-Hicks 原則適用的情形。

不重要之位置、甚至完全不予考量理會，反而是優先考慮要去實現不是效率的其它價值，而這些價值是法律經濟分析學派認為玄虛難測、不想探討的。

但是，法律經濟分析學派這種根本立場，正好暴露了筆者在本書 0.2.1.2.2 段所指出的問題；就以剛才提到的自由買賣嬰兒用來收養為例，用市場自願交易的方式固然簡單明快，但是我們並不知道收養嬰兒所應被考慮的只有交易效率的問題而已，或者另外還必須考慮其它倫理價值？當然，答案是見仁見智的，不過這也表示問題是複雜的，法律經濟分析學派向我們描繪了自由市場的解決方式之後，我們仍要探究可不可以就這樣做。

正如本書 0.2.1.2.2 段所指出的，Posner 對一個案件提出其基於經濟效率的解決方法時，爲了怕遭致批評，一直是善用一種曖昧的陳述手法；以致令人弄不清他的陳述究竟是一種「規範性的」(normative)、即「指令性的」(prescriptive)的意旨，或僅僅以純粹描述的（不帶評價意味的）意思在比較依傳統的價值觀來立法（判決）與直接採用經濟效率的標準來立法（判決）會各自產生什麼結果而已。也就是說，Posner 到底在講「應然」(Sollen)還是「實然」(Sein)？而如果 Posner 的意旨是規範性的、指令性的，也就是說他認為法律應讓嬰兒的交易依自由市場的方式來進行、而過去法律受傳統的價值觀束縛而禁止自由交易是落伍無稽且的錯誤立法，則筆者並不是說 Posner 一定錯，但至少他必須先論證（不論從哪一種倫理學立場來論都可以，例如從義務的角度、從結果的角度...皆可）爲什麼人類傳統秉持的有關禁止買賣嬰兒的價值觀是錯的，爲什麼它一遇上效率這個新的尺度時就應該馬上退讓了？

但是 Posner 什麼論據都沒給！

而如果法律經濟分析學派的理由僅僅是立足於經濟學家所設定的「人追求最大自我滿足」這個人性觀的話，那筆者在本章註解 5 中已經指出了：「人類固然是追求最大的自我滿足沒錯，但是人類自我滿足的來源不是完全由財富構成的」！法律經濟分析學派又犯了窄化的錯誤了（雖然他們之前很機巧的說過財富不是一切，但其實言行不一）；而難道這一切的真正原因只是有一部分的經濟學家不願意處理非計量性的價值倫理思辨，就要將法學家一併帶入一個狹隘的世界觀之中嗎？

幸而，當然不是全世界所有的經濟學家都是那樣的，除了在本書中提到的 Sen 教授之外，在台灣也有兩位經濟學家說了這麼一段金聲玉振、睿智而應該讓所有人永誌不忘的話：

「長久以來，經濟學家對於『效率』(efficiency)的概念，所做的詮釋與推演極其豐富，但對於『公平』(equality)的概念，卻是進展有限。要談論人與人之間何謂公平、何謂不公平，恐怕難免要將人與人做比較。但是這種『主觀』的比較，似乎與主流經濟學所主張的『客觀』科學方法有所扞格。事實上，數十年來絕大多數的經濟學文獻，都是與效率面有關的論文。久而久之，公平面的考量，就形成了經濟學者鮮少觸及的沙漠領域。但是對於那些只知道效率分析的經

濟學者，效率之外的東西就如同是他們知識邊界（boundary）之外；邊界之外的東西他們根本不知道要如何分析？更糟糕的經濟學者，則是完全不知道『效率之外』還另有天地，憑藉著自己對經濟效率的片面了解，到處表達一些似是而非的論點」¹¹¹。

1.3 對 Posner 將 Pareto 原則「金錢化」、「可計量化」之反省

1.3.1 Pareto 法則的原意

在稍前我們已經提及了在 Posner 的論述中，他援用了 Pareto 所提出的對「更優」或「改善」的定義。但是，事實上 Posner 在使用 Pareto 法則時已經將其內容加以扭曲，並不符合 Pareto 當初的旨意，我們必須在此用一些篇幅加以探討而後澄清真相，因為大家將會發現這個澄清對未來本書法理學部分的探討有極大的重要性。

Pareto 在 1909 年提出其法則的動機，是在探討「福利」（welfare）的問題，即作為欲望滿足的來源的社會上之財貨如何被分配以增加人民的幸福。但是，當一項政府的政策造成新的經濟情勢，通常有的人得到更多的財物資源，有的人可能減少財物資源；如果是這樣，則首先，我們不知道究竟一個讓「一方得利、一方失利」的政策有無正當性（這是我們稍前在探討 Kaldor-Hicks 原則時談過的）。再者，就算我們不採用 Pareto 的標準，而是接受 Kaldor-Hicks 標準，即主張在發生「一方得利、一方失利」的結果時只要得失相加之後「總量」還是比政策實施前增大，則此政策就有正當性，則我們仍面臨一個無法克服的難題，即我們無法在人際間做享用資源或喪失資源之後其「滿足感」或「效用」之得失之計算並加以互相比較（也就是說我們根本無法用數值去計算張三享用更多資源後的滿足增加幾分、李四失去資源後的痛苦增加幾分、相加之後總量是正數或負數），所以我們恐怕連「總量」到底是增加了或減少了都不知道。

的確，「任何政策，只要對某些人不利，則縱然對大多數人都有利，但因不同人之間的利害難以比較，從而，我們就無法算出這一政策對整個社會來說是否有益；換句話說，這一政策是否提高社會福利，是沒有定論的」¹¹²。經濟學家毛慶生等諸位教授說得很透澈：「個人福利可以用個人效用水準代表；社會福利水準則是由社會上每一個人的效用水準共同構成。然而，個人福利是否增進，可以透過個人效用水準來判斷，但社會福利水準的增進與否，卻沒有明確標準可資衡

¹¹¹ 朱敬一/林全，同註 4, 172 頁。

¹¹² 張清溪，同註 32, 300 頁。

量。...當經濟情況發生變化時，某甲可能因此得到好處而使他的效用水準增加，同時某乙可能相對的蒙受損害而造成他的效用水準降低。在這種情況下，社會福利水準究竟是增進還是惡化呢？要回答這個問題，不但要先知道某甲與某乙的效用水準各增減多少單位，而且還需要進一步建立一個轉換標準，用以衡量某甲一單位等於某乙多少單位的效用，如此才能將兩人的效用加以轉換，從而得知社會福利是否有所增進。可是，...效用只是衡量個人福利水準的一種序數指標，本身沒有絕對值的意義，因此我們實無從為某甲一單位效用等於某乙多少單位效用建立任何轉換標準。於是，當經濟情況發生變動，其結果是否造成社會福利增進或惡化，便成為經濟學者極想回答，卻又極難回答的尷尬問題了」¹¹³。

Pareto 為了解決這個巨大的難題，提出了一種可以避免在人際間做「效用」比較的準則，也用這個準則來作為政策獲得正當性的依據：即如果一個政策「使某些人的狀況得到改善，而沒有其他任何人的狀況變差（即至少維持平盤）」，則我們就可以說新的情勢比起舊的是一種福利的「更優」或「改善」，也唯有施政能滿足這個法則所要求的條件，這個政策才有正當性。因為反正沒有人覺得自己變得比較不快樂，所以我們也就不必在意地去和別人比較；做比較的這個令人頭痛的工作就可以省下來了。但是必須留意，在此，Pareto 意謂的改善是指「情況變好」，而並不是指「金錢的收入更多」。

由於 Pareto 法則要求「至少沒有人覺得自己的情況變得更差，而且又有人覺得其狀況變得更好」。則我們便不需去從事人際間的效用比較及探索各方的得失及加總；並且在這種情形下社會的福利總值一定是增加的。所以 Pareto 的改善原則作為政策正當性的理由基於其技術上及人道上的優點，尚能被許多人接受。

但是，在 Posner 援引 Pareto 改善原則的論述之中，讀者不難一眼看出，其談論的損益增減都是用金錢的得失做例子¹¹⁴。即 Pareto 本來談的是「情況（福利）變好或變差」，而 Posner 卻是將之「金錢化」、「可計量化」了，即「金錢收入增加或減少了」。對於 Posner 這樣做，吾人直接可得的反應是：除非每一單位的錢在不同的人、不論他們是身處何種情境，都可以製造出同樣單位的滿足感（效用），否則實在不能將 Pareto 改善原則原本所講的「福利」直接用金錢代替。

固然，「福利」的獲得通常難免是要透過對資源的享用，而一個人想要能享用到資源不外乎是用其金錢去買，所以，在經濟學上，的確有時使用「福利」這個概念時（例如說：「由獨佔市場變為完全競爭市場時，消費者之福利增加而個別廠商之福利減少」），指的就僅僅是很具體性、技術性的意義，即消費者能以更低的價格買到商品故可享用更多商品帶來滿足，而個別廠商賺的錢減少。在「福利」這個概念的這種技術性的用法中，「享受到用金錢可買到的商品」及「賺得金錢」被理解為福利的根源（而在本書下一章中使用「福利」這個概念時也較傾向這種技術性的意涵）。但儘管如此，這並非經濟學上「福利」的唯一意涵；「福利」在經濟學上毋寧至今持續是一個曖昧不清的概念。而筆者因此認為，Posner

¹¹³ 毛慶生，同註 9，221 頁。

¹¹⁴ 請參閱 EAL, p. 13-14 及 EJ, 90-91.

仍不適宜將談論「福利」的 Pareto 法則加以「金錢化」。

當 Pareto 強調的是「至少沒有人情況變得更差，而且又有人其狀況過得更好」（而不是說至少沒有人收入變少，而且又有人錢賺得更多），則 Pareto 的法則最終仍是讓「福利」的認定標準繫於主觀的「感覺」之上，而這也讓「福利」的概念從比較具體性的「能消費享用物品」及「能賺得的金錢」移動到「效用」，即對生活上「幸福」、「滿足」的感覺。這將會造成更為複雜的問題，我們將隨即加以討論。總而言之，Pareto 說的是「福利」而非金錢；就算「福利」常被理解為透過「享受消費商品」而獲得（而要享用商品又必須用錢去買），但是仍不應該將「福利」之增減等同於「金錢」之增減，因為這樣將會簡化問題、會忽略了政府在做財富分配時，應採取的更謹慎細膩考量的態度；對此，我們在緊接下去的論述中解釋之。

1.3.1.1 福利與金錢的分離與糾結

在本段落中，我們先進一步闡釋為什麼不可以不謹慎地區分用「福利」或用「金錢」來解釋 Pareto 的學說、即不應該隨使用「金錢」取代「福利」，隨即再探討為什麼 Posner 寧可以金錢的損益得失來操作 Pareto 的主張。

首先，為什麼不可以不謹慎地區分用「福利」或用「金錢」來解釋 Pareto 的學說、即不應該隨使用「金錢」取代「福利」呢？因為，「**金錢**」的損益得失和「**福利**」的增減並不總是存在著一致的關係。例如，經濟學家 Nath 曾經如此抨擊 Pareto 原則：「如果我們採取一系列的經濟政策，使得較富的集團更富，使得較窮的集團留在原來的絕對水準，則根據一種帕累托類型的社會福利函數...我們必定會提高社會的福利水準」¹¹⁵。但是 Nath 的批評是源於他對 Pareto 的誤解；Nath 的意思是說：「如果窮人的收入（或是對商品的消費）維持原來的數目，而富人的收入（或是對商品的消費）增加，則窮人其實是變得『相對貧窮了』，也就是說窮人在社會上的地位更低、受富人輕視而更沒尊嚴、因此更不快樂，窮人會覺得自己的情況變壞了（雖然窮人消費享用的商品並沒有減少），但是 Pareto 竟然認為這樣就是正當的」！

顯然，Nath 誤解了 Pareto，因為 Pareto 並不是在講金錢收入，Pareto 所說的「沒有惡化」就是指快樂滿足之感沒有惡化，而非指金錢收入的數目維持原數；在這個案例中，如果富人的財富增加，而要讓窮人也維持與先前一樣快樂的感覺的話，應該窮人的財富也要得到若干程度的增加才行。

又例如如果富人與窮人同時都增加金錢收入，但是富人增加的幅度極大，而窮人只有極為些微的增加，則窮人可能感覺自己的情況是惡化的（雖然窮人也消費到更多的商品）；而且如果窮人們幸福感的惡化程度大於富人們幸福感增多的程度，則社會的財富雖然增加，但「福利」的總量反而還發生減少的情形。

¹¹⁵ 黃有光，同註 49, 34 頁。

由上述可知，謹慎檢討 Pareto 原本的意旨是非常重要的。而在此，我們可以再問，到底為什麼 Posner 就是要將 Pareto 所指的福利上的損益得失直接理解為金錢上損益得失的意義呢？究其原因，乃是因為像「幸福」、「滿足」、「效用」這樣主觀難測的概念，許多經濟學家早已感到非常厭煩不耐了、視之為形而上、沒有意義的概念，或至少是難以討論、應從經濟學的論述中被驅趕出去的概念。筆者可以舉一例以說明要論述「幸福」、「滿足」、「效用」是如何地棘手：

稍前筆者在 1.2.1 段落提到「效用」是主觀的，以至於難以比較時，曾經說到只有在一些非常特例的情況下，人們才敢論斷效率在人際間的比較，例如：「一百美金對一個挨餓三天的乞丐的效用比對天下第一富豪大」或「把社會上前一百名最富有的人的一萬元轉給社會上一百名最窮的人，社會的總『效用』一定增加，因為富人失去那麼一點點應該是不痛不癢，而赤貧的人得到那麼一點點卻是會大為欣喜」。

吾人必須留意，這種命題正可以說正是倫理學介入經濟學的最終極基礎，也是一切左派的、即所謂倡導「財富重新分配」的倫理學家如 Rawls 其整個立論的基石。因為如果「效用」連在這種情況下都無法在人際間進行比較的話，那麼像 Rawls 這類的主張財富重新分配的思想其最後的基礎都將澈底崩潰。的確，大部分的經濟學家雖然認為「效用」無法在人際間進行比較，但是對於在此提到的這類特殊情境卻又大多不敢否認可以做這種大膽的推測；例如，著名的經濟學家 Arthur Pigou (1877-1959)「也認為以下的情況是『顯然的』，即『所得從較富裕者移轉給具有類似氣質的較貧困者，必定會使滿足的總合增加，因為它以犧牲較弱的需求而滿足了較強的需求』」¹¹⁶。

但是，我們應同時已注意到，在 Pigou 的陳述中，他也非常精確周延地提到一個條件，即財富是在「具有類似氣質的人們之間移轉」才一定會造成滿足一定增加的後果。因為如果富人是一毛不拔的超級守財奴、吝嗇鬼，不管他多麼富裕，拿走他的一百元，其痛不欲生的程度竟然還超過赤貧的人得到這一百元的滿足，則顯然社會的總體滿足反而會減少。由此，有人會問，我們如何知道我們社會上的富人是不是都是這種超級守財奴的氣質？我們如何知道向他們抽了累進稅之後其心中到底痛苦到什麼程度？總效用是增加還是減少呢？

這個例子已完全說明了「效用」的主觀性，也就難怪 Posner 及部分經濟學家永遠堅持拒斥再談它及其它有關財富的重新分配的倫理學的問題。他們認為這不是經濟學家能處理的玄妙問題，他們敬而遠之，並認為「滿足」、「幸福」問題還是留給心理學家及哲學家去鑽研吧！

持這種看法的經濟學家認為「福利」終歸不外乎是取決於賺到金錢或物資的享用（而要得到物品當然要靠錢去買），即福利和財富是成正比的。一個人增加財富總是有益無害的、多多益善、總不會給人帶來什麼不幸吧！（當然，因為個人修養或性格因素在致富後例如沈迷酒色而遭致不幸...等等事例，在此是不能被考慮、也不應被拿來當成反對的理由；因為這不是必然的因果。且例如「平凡的

¹¹⁶ 同上，63 頁。

收入」也有可能驅使一個本性脆弱易受誘惑的人去做出不道德、甚至不法的行為)。故運用金錢的增加或減少是可以去推估一個人「福利」的增加或減少的。所以，Posner 等人認為用金錢的損益得失來詮釋「帕累托改善」應沒什麼不妥。

但是，這其實只適用於對個人觀察，並不適用於整個社會上原本貧富情況就不同的人們在金錢收入的增加上又不同之後所會產生的心理（幸福感）效應。故在此，Posner 等人顯然是忽略了上面提到的兩種金錢增加與福利增加並不呈現一致的情形¹¹⁷。但筆者推測，他們就算承認這兩種情況的問題雖然的確是存在的，但也會回答說對此用不著誇大得太嚴重。畢竟，市場經濟的信仰者寄望在自由的氣氛帶動社會生氣蓬勃的創造力和每個人的企業精神之後，水漲船高，人人都終將不會過得太差、都可以讓人人覺得自己的日子過得還算頗幸福、或越來越幸福。

1.3.2 由「唯金錢觀」再衍生的視野偏狹

的確，吾人必須承認，「滿足」或「幸福感」經常和「賺到錢」是一體的，常常彷彿是一個錢幣的兩面¹¹⁸；雖然如此，Posner 以金錢來全面代替福利，會忽

¹¹⁷ 由於貨幣對不同的人有不同的效用（不僅因為不同的人之現有之財富不同，就算是擁有同樣數量財富的人對金錢物質的感受也不同），所以 Posner（至少在其學術論述中）把「福利」完全等於「貨幣」是大有問題的。

Arthur Pigou 也免不了同樣的問題，雖然他知道廣義的福利或效用是難以探究的，但他提出「狹義的福利」，即「經濟福利」，認為這可以用貨幣來衡量，而且每一種效用（幸福感）可以換算為金錢的數目；所以如果政府要增進福利，對他而言，應該「雙管齊下」，一方面要讓社會資源配置最佳化、以擴大社會財富總量，另一方面就是要從事財富再分配。

然而，這會遭遇的第一個問題是：若要以純經濟的立場讓社會資源配置最佳化，往往就必須以「犧牲平均」（即放棄再分配）為前提才能夠做到；即「社會資源配置最佳化」的確能夠達成社會財富總量最大化，但財富未必平均地落入人民手中，而是集中於一部分人之手而已。

第二個問題則是：如前所述，除了在「把最有錢的人的少許金錢轉移給少數最窮的人」的情形下我們尚能大膽地推測社會總體效用會增加之外，在其它情形，由於對「每一件物品所帶給不同的人之幸福滿足感是多少」根本是不可能一致、且無法被探知的，因此若要主張從事更進一步、**非常細膩的財富的重新分配調整**，是有困難的（例如，把一個貪欲極大的小康之人的錢財，轉移一部分給稍微貧窮一點、但卻安貧樂道、滿足現狀的人，就不一定能增加總體的效用）；即頂多只能主張把顯著非常富足的人的錢轉移給極為貧窮的人，使其達到符合起碼尊嚴的生活水準。Pigou 雖然過度天真地主張效用可以換算為金錢來計量，但是最後他敢主張的，似乎也只有「把少數最有錢的人的少許金錢轉移給少數最窮的人」之這種財富重新分配而已。這個大方向是正確的（請參閱 羅志如等註，西方經濟學基礎理論，台北 1996，488-491 頁）。

¹¹⁸ 以法律經濟分析學派喜愛的例子而言，當張三有十元，而李四手上則有一顆蘋果想要求售，張三正好認為此蘋果價值十元，李四則認為此蘋果價值五元（因為他心中盤算經過一番討價還價之後只要最後有人肯花五元買，他就賣了，即李四心中的底價是五元，雖然他一開始會故意開價較高）。最後，假設兩人以七元五毛成交，則李四因為多賺了二元五毛而滿足，這滿足乃來自金錢；至於張三，其花錢買蘋果而得到滿足，其滿足也是直接經由金錢帶來的。所以金錢和滿足感（「效用」）有時呈現一體兩面的關係、難以區分；但二者並非完全相同。

在這個例子中，Posner 認為社會的財富（「價值」）是增加的，而如前面 1.2.2 段所述，Posner 有其特殊的估算財富（「價值」）的方法，即他認為你認為一個物品「價值」多少，是取決於你願意、也有能力用這個價錢去買；但是若是你買便宜了（實際的支付），此物的「價值」仍然以你原先願意且有能力支付的金額來計算。在這個例子中，若僅由貨幣的角度來看，社會的貨幣數量並沒有增加，因為交易後七元五毛在李四手中，二元五毛在張三手中，加起來仍然是只有十元。但是

略幸福感的增減除了取決於個人手上金錢的增減之外，還會受到他人手上金錢在同一時間的增減的影響，即財富分配的問題。也就是說，一個人要去感覺自己的情況好不好時，除了取決於自己手上的財物有沒有增加之外，還會同時受到別人手上的財物增加多少的影響。如果張三增加一點點錢，別人卻增加很多錢，可能張三會感到他更加痛苦了。

另外，Posner 太過著重於金錢的後果是除了如上所述地讓他忽略財富分配對幸福感的影響之外，其「眼中只有錢」或「有錢代表幸福增加」的思維觀照世界之習慣也會讓他忽略各種非金錢因素對幸福感的決定作用；也就是說，人生除了享受商品所能夠得到幸福之外，其它還有一些非具體的事物也能帶來幸福，而 Posner 的視野很容易忽略這些事物與金錢發生衝突的情況。固然，一個人擁有越多的金錢總是有益無害的、大家都會喜歡，但這也有一個條件才能成立，就是在獲得金錢時，沒有被迫要交出其它能帶給人類幸福感的東西，例如尊嚴、名譽、愛情...等等。但是偏偏在人類生活的林林總總的事態中，金錢與這些事物的衝突卻正是經常出現的狀況。例如在前一章中筆者已經提到，Posner 神情自若地談論黑人應可以考慮接受白人的錢而成全白人繼續在公立學校中實施種族隔離（黑白不同校）；筆者甚覺詫異，因為這好像是一位姑娘熱愛他的情郎，而這位姑娘的爸爸反對她嫁給她心愛的人，於是就向她女兒提議要她嫁給另一位更有錢三十倍的男人、或是她爸爸提議只要女兒和她的心上人分手，就給她一大筆鈔票作補償。除非女兒自願答應那就沒話說；但是我想大部分的人是不會答應的，要不然梁山伯與祝英台的故事就不會千古以來具有那麼巨大的感人力量了。也許有人真的不能理解祝英台愛梁山伯的程度比愛鈔票更多，因此也不能理解黑人之中也會有熱愛尊嚴比熱愛金錢的補償更多的人；雖然 Posner 說這些鈔票是白人送給黑人去改善黑人小孩的學校設備及師資的，但我想也未必所有黑人都會快樂地想接受這種提議。這就是為什麼吾人須特別留意，Rawls 在提出他的正義原則時，他不會只有單獨一個關涉到財富分配的原則，而是還先有一個關乎人人政治地位平等的原則。

總之，令人不解的是，為什麼會將只有以財富來考量一切的「單面向思維」也如此不假思索地伸展到明顯需要其它價值的領域之中？為什麼去挑選這樣的例子？難道其真的認為即使在這種事件中，金錢還是促進幸福的關鍵要素？雖

張三原本認為蘋果價值十元，現在他雖然以七元五毛就購得了，則其手上有十元（即那顆蘋果，因為張三原本打算以十元去買、而張三原本也有能力以十元購買）加上花剩下的二元五毛，則張三共計有十二元五毛；加上李四的七元五毛，社會財富是二十元。而再回顧交易前，張三有十元，李四有一顆其認為只值五元的蘋果，故社會總財富是十五元。結論是交易使社會財富（「價值」）增加了五元（請參閱 PJ, p. 356-357）。

李四的滿足感是來自多賺二元五毛的錢，而張三所增加的滿足感是來自省下的二元五毛。在這種做買賣的例子中，可以看到金錢與滿足糾結難分的關係。

事實上，情況更為複雜，因為就算蘋果只賣五元，李四還是覺得比沒有賣更高興；同理，就算蘋果賣了十元，張三還是覺得比沒有買更高興。金錢和滿足的關係在此顯然難以區隔。

而且如果 Rawls 之輩主張向富人抽重稅給窮人享用，也是等於認同有金錢或可用金錢購得的物資可以促進幸福。

然，Posner 事先給自己的一切分析打了預防針，如其自己宣稱的，他對案例的探討通通都只是探索推測而已、並不是要下定論，但是筆者由其整個作品的思維脈絡來觀察，實在難以相信其所言的是真心話；而且他的職業是法官，難道他能說其做出的判決也是探索推測而已、他不對判決的對錯負責？事實上 Posner 做出明白肯定的發言是不少的，這就暴露了其真正確信認同這樣的價值觀，例如在本書「導論」的註腳第 19 之中，筆者曾經提到 Posner 的主張：「那些連去賺取維持自己最低像樣生活水準的充分能力都沒有的人，是沒有資格對社會資源的分配有發言權的。...如果一個人恰好天生是弱智者、而且其社會生產淨值是負數，他應沒有權利獲得社會資源的配給來支持其生活」。Posner 明白表示：雖然「這個結論觸怒了現代的正義感，但我認為這是無可避免的，而它也是與諸重要的倫理學體系相符合的...」。

當然，這只不過是 Posner 的看法與理解而已。

1.3.2.1 芝加哥學派與個體經濟學意義的擴張

若是吾人能從整個美國的學術思潮背景來考察，就不難理解 Posner 為什麼有此類的見解，因為他的看法絕非獨樹一幟，而只不過是反映一整個學派的標準思考模式而已。芝加哥大學 50 年代末期 Gary S. Becker 開始對非市場的社會現象例如婚姻、子女、犯罪...等等進行分析，把經濟學由對人類在資源稀少下如何分配財貨的研究擴張到人類在面對各種不可兼得的目的時如何做讓行動者得到最大滿足的取捨。藉此，個體經濟學不再只是分析消費者及廠商的選擇，「現在，個體經濟學的範圍要廣闊得多，用米塞斯在他的名著『人的行為』(Human Action) 所用的名詞來講，個體經濟學已成為『人類行為學』。也就是在社會互動的體系中，關於人們的選擇和行為的一般理論」¹¹⁹。人的這種選擇以理性的方式追求自己所認定的利益（滿足）最大化的傾向是表現在一切生活領域中（即不止限於市場交易行為中）¹²⁰。這原本不難理解，但問題是人追求幸福時應該是**綜合考量財富及其它幸福之源的取捨**，而這卻在 Posner 的學說中被窄化為只考慮財富的因素了（只因為他看到幸福滿足的獲得**經常**有賴於擁有財富為工具）。這樣視野狹隘的學說，很難看見人生的全貌。

個體經濟學擴張成為普遍的「人類行為學」，就是把理性地追求最大自我滿足的人類圖像應用到一切生活領域；但是，如本章註腳 5 所言，「**滿足**」卻被窄化為只有透過財貨所導至的滿足，而忽略了人本來會對財富及其它也能促成滿足

¹¹⁹ Henri Lepage，自由經濟的魅力 明日資本主義，夏道平等譯，台北 1988，23 頁。

¹²⁰ 例如男女之間的交往及考量進入婚姻就是一例。正如政治大學經濟系的王卓脩教授所說的：「...交心過程是絕對不可少的。這裡所說的交心過程，用經濟學的術語來說，其實就是對過去合作關係下合作利得來做清算，以便將彼此之間因為合作關係而可能產生的損失、或是利益分配上的差距控制在雙方都可以容忍的程度。關於交心的最好例子就是存在於夫妻情侶之間的溝通行為，如果溝通不良以致於一方或雙方各自對對方的不滿累積到一定的程度時，雙方就會拆夥」(王卓脩，全球化與社會運動中的企業精神展現，在：「思與言」人文社會科學雜誌，第 41 卷，第 1 期，2003 年 3 月，p. 69-118; p. 80)。

的因素做綜合的通盤考慮取捨，故此學派遭到許多人批評為「一元化」、「單面向」的觀照角度¹²¹。而對比批評，芝加哥學派的經濟學家則一再自我辯護表示，他們沒有無知到把人理解為完全單面向的，他們只是提出「經濟人」作為一個分析工具來試圖為極端複雜的人事問題及社會問題做解釋。芝加哥學派「承認，只從經濟面來看人是不切實際的，但是他們認為，一個科學工具的價值不是看它假設的真實程度...，要緊的是假設的簡單性（simplicity）與效能間的關係。...一個假設越接近實際就會越複雜，一複雜就減低了它的運作效果。像 Milton Friedman 在他的“Essays in Positive Economics”所解釋的：最好的假設不一定是和實際的複雜情形最接近的，它也許是最簡單且最有解釋和預測能力的。...比較簡單的『經濟人』概念比我們想像到的有更多的用處...」¹²²。

至此，我們已經可以全然了解，Posner 的一言一行，正是反映他只不過是這個學派思想的忠實信徒而已、根本沒有什麼創新之處。然而，如在 0.3.2.3 及 1.3.2 段落所述，筆者認為，芝加哥學派以「簡單的分析工具較具有解釋力」來作為理由替「經濟人」的單面向的觀察角度辯護，是完全不具說服力的，而且這是一個極簡單就可以被拆穿的天大謊言，因為正如毛慶生等教授一針見血地指出：「哪一種模型較好，要看您想了解的問題真相的本質為何。若簡單的模型即可以充分反映所關切問題的本質，則使用複雜的模型只會使得事倍功半...」¹²³；反之，複雜的問題卻使用簡單的模型，就根本無從了解起。例如我想由台北到高雄，一張小學生用的簡明的台灣地圖是最清晰好用不過了；但如果我想從淡水鎮某個里走到金山鄉的另一小村，則我若拿原來的地圖只能瞎猜瞎闖。拿一個錯誤的模型想要去解釋不屬於這個模型能解釋的複雜現象，宛如拿一個不適用地圖行路，最後只有誤入歧途的結果。這就像拿「財富最大化」的「單面向」（one-dimensional）的觀察角度要解釋人世間的複雜現象，縱然如 Posner 侃侃而談地解釋了一切，

¹²¹ 請參閱 Lepage，同註 74，26 頁。

並請參閱「導論」第 0.2.1.2 段的闡述。又例如本章註腳 75 所說的男女相處考量到「利益」而後決定要不要再相處下去，其所考量的「利益」當然不止是指「財富最大化」，而是指金錢、心靈溝通的幸福感、情愛的滿足、（能不能）得到子女的幸福、（預估）子女的素質、社會地位的滿足...等等一切的綜合考量下滿足感的總量。人的「理性」就是指人會選擇由這一切要素加在一起而能產出最大幸福感的那一種組合（這包括付出的痛苦與所得的快樂相加要得到最大的正值），但顯然選擇並不是以「財富最大化」為唯一的標準，因為被選擇的那個組合，也許錢並不是最多的。如果某位法理學家硬是規定只能選擇錢最多的那種組合，豈不謬哉！

人的「理性」是「追求最大化幸福」的理性，不是僵硬單面向的「追求最多鈔票」的理性。除非一切都與金錢不衝突，但是世界顯然根本不是這樣的。

開創性地將經濟分析運用到非市場領域（婚姻、性、家庭、子女...）的經濟學家 Gary. S. Becker 的思想就正確地反應這種「追求最大化幸福」的理性，而不是僵硬單面向的「追求最多鈔票」的理性，所以他是以其所發明的「社會所得」（social income；包含金錢及非金錢的，即精神、心理上的所得）來取代可計量的金錢所得，用以詮釋人類行為最大化自己幸福的理性考量（請參閱 熊秉元，天平的機械原理，台北 2002，140 頁）。當然，Becker 這種學說所導至的計量上的困難是會引起不少批評的，但這正是計量科學本質上的限制，而非 Becker 認識問題的本質有誤。反之，Posner 在論及婚姻、性、家庭、子女...的議題時，明顯仍企圖盡量扣緊金錢得失為人類行為抉擇唯一的標準，則未免顯得偏狹而不符人性之實。

¹²² Lepage，同註 74，26 頁。

¹²³ 毛慶生，同註 9，324 頁。

彷彿手上拿了一個解釋能力超強的法寶，但如果全都是得出一些以偏概全、扭曲錯誤的解釋，究竟對人類的實踐有益處嗎？或反而適足以為禍¹²⁴？

1.3.2.2 偏執的深化與固化 — 純「科學」的社會改良計劃？

在 1.2.3 段落中，筆者已指出 Posner 思想的癥結在於其「單維」的觀照世界之角度。而如在前面「導論」中所言，Posner 在早期的幾本著作中，還抱持謙遜、保留的態度，即他也不斷強調「效率」不是唯一的，而他只是姑且用經濟效率的角度來做個探索的嘗試而已，並不否認「效率」之外還有正義等其它價值。

然而，到後來，他卻激化了他的立場（或許只是變得誠實、露出原形而已），在 1995 年的著作 “The Problematics of Moral and Legal Theory” 一書中，他忽然變得毫不留情地大肆嘲諷揶揄並攻擊在法律中談道德哲學是無用的，他陳言：道德是分歧相對的、使法律推理陷於混沌不明的、而且道德理論對人生與司法在實際上也沒起過作用...云云。而後認為法律應採用專業化、實用主義的態度，不需要談玄論妙的道德哲學，並例如運用在社會科學中其科學性發展得最成熟的經濟學來追求「社會利益」的目標。

對於他這種看法的回應與評論，筆者認為，最好是留到本書的最後兩章、以及「結論」之中再做深入的回應是最恰當的了。因為那時候我們已經研讀過各種法律領域的案例了，足以看清所謂的 Posner 式的「實用主義」本身是不是讓法律推理有更大的明確性？讓司法有更大的安定性？所謂運用經濟學的「實用主義」去追求「社會利益」本身沒有預設並運用某些價值觀（道德觀）嗎？又其用到了哪些價值信念及意識形態？這些價值觀在倫理學上有被證立嗎？而讀者也還可以自行評斷這種價值觀讓人類更幸福了嗎？

1.4 Pareto 法則對分配額度的沈默

Pareto 所提出的福利狀態改善原則雖然強調「沒有人的情況惡化」，但是他還是受到左翼、重視平等、提倡財富重新分配的學派猛烈批評。因為依照 Pareto 的學理，他根本沒有明白說出福利最終的分配狀態應該是如何的，也就是說他沒有指出福利分配的方式應定於哪一個點；而是僅僅討論有發生經濟情況變動時，新的情況相對於舊的而言是不是已有 Pareto 法則意義下的「改善」（較優）。茲舉例並圖解說明¹²⁵：

假設某個社會只有張三及李四兩個人。而政府

¹²⁴ 讀者請參閱 Posner 本人在《法律的經濟分析》一書之§1.3 段中，正是以在此所說的芝加哥學派的理由為自己使用經濟效率解釋一切的單面向觀照角度辯護。然而，如前所述，這是一個言之不能成理的歪曲。

¹²⁵ 此圖參閱毛慶生，同註 9, 222 頁。

可以將社會的資源分配給他們獲得福利、或是說政府設計一套經濟體制讓這兩個人去運用社會資源自行謀取福利(吾人須留意在右圖橫軸及縱軸上的計量單位皆是「福利」、而非指「金錢」收入)，圖中的 A 代表某一種分配或經濟狀態下張三及李四的福利程度(張三有 W1、李四有 W2 的福利程度)。

如果政府採取不同的分配方式或創造不同的經濟制度讓原本張三及李四的福利情況由原本的 A 點往 B 點移動，則這就是一種「帕累托改善」，因為張三的福利增加到 W3 而李四的福利也沒有惡化(仍維持 W2)。

同理，若是張三及李四的福利量由 A 往 C 點移動，也是一種「帕累托改善(較優)」，因為李四的福利程度增加到 W4，而張三的福利仍維持在 W1。又如如果 D 張三及李四的福利量由 A 往 D 點移動，也是一種「帕累托改善」，因為兩人的福利量都同時獲得改善(張三有 W3，李四有 W4)。

又如果是由 A 點移往 E、G、I、F 四個點(或移往整個 E、G、I、F 的線段上任何一點)的變化也都是一種「帕累托改善」。而且，在整個 E、G、I、F 的線段上都代表有限的社會資源已經分配或運用殆盡了之下所達到的福利分佈情形。如果福利分佈已經位在 E、G、I、F 的線段上的任何一個點，則就已經不可能再有讓某一方福利增加而能讓另一方的福利惡化的情形發生。如果原本社會的福利分佈是在 A 點，則政府將福利分佈調整到 E、G、I、F 的線段上的任何一個點都算是實現了最大極限的「帕累托改善」，即達到所謂的「帕累托最佳(最適)」(Pareto optimality; Pareto optimum)。「帕累托最佳」的定義就是：如果已達到了一種經濟狀態，在此狀態下經濟情況的再改變都不可能在不損害一方的福利之下而讓另一方的福利增加，這就是「帕累托最佳」¹²⁶。

Pareto 的理論會引起重視平等的學者之批評是意料之中的事。假設，原本社會的福利分佈是在 A 點，則顯然在這點上，李四的福利水準遠遠低於張三；而

¹²⁶ 請參閱 張清溪，同註 32，301 頁。Pareto 原本只是在探討福利分配的問題。但是 Pareto 以後的經濟學家爲了要詮釋 Adam Smith 所主張的在完全競爭市場下，競爭的力量作爲「一隻看不見的手」就能神奇地將資源的運用推向最佳(有效率)境界，便把「Pareto 最佳」的理念做了更精緻的引申發展，也就是有關「生產要素組合」、「產品交換組合」、及「消費與生產全面均衡」如何達成最佳狀態的理論，這套理論正體現經濟學理所當然追求極大化的精神。但這並非 Pareto 本人所做的闡述，而是後人對「Pareto 最佳」概念的進一步發揮運用。

Sen 教授指出經濟學上把這個引申的對效率的探討稱爲「技術效率」(technical efficiency)，例如能夠位在「生產可能曲線」(production possibility curve)的多種產量組合都叫滿足了「技術效率」；而 Sen 把「帕累托效率」(又稱爲「經濟效率」[economic efficiency]、等於「Pareto 最佳」)這個名詞仍保留爲是對「福利」問題的探討(Sen, 同註 5, 21)。不過許多的經濟學家顯然已經不做這種區分了，他們在探討「生產要素組合」、「產品交換組合」、及「消費與生產全面均衡」問題時，就直稱此爲「經濟效率」[economic efficiency]，也等於「Pareto 最佳」。

這個理論雖談不上是高深的經濟學原理，但對初學者而言也算是「進階」的東西，只有若干有意寫得較深入且周延的入門經濟學教科書才會提到。尚未研讀經濟學的學子不需在意當下仍不能體會何謂「生產要素組合」、「產品交換組合」、及「消費與生產全面均衡」達成的最佳境界；因爲這並不會對閱讀本書有所妨礙，而未來有興趣花少許時間學習也會懂得的。筆者在此提出只是先指引有興趣者未來想深入研究時可由何處去查閱。

如果政府的政策讓福利分佈由 A 往 B 移動，依 Pareto 法則這也是一種改善，雖然李四仍停留在原先的福利水準極低的 W2。如果政府投入一切資源將福利由 A 移往 F，結果是讓張三享受幸福的日子，李四還是維持一樣的低水準福利，這竟然也叫做達到了「最佳」狀態；則我們要問：為什麼張三可以得到那麼多、而李四只有得到一點點？如同 Rawls 所言：「從正義的立場來看，沒有人會認為在一群人中恰巧只由某一個人佔有一切，是一件無所謂的事」¹²⁷。總之，如果原本是在 A 點，則改變的結果是落在 ABFIGEC 點所圍成的區域內的任何一點依照 Pareto 的學說都是可取的。

Sen 教授便批評 Pareto 的主張在倫理學的內涵上僅僅是相當「樸素的」(modest)而已¹²⁸。霍德明教授亦指出，「帕累托最佳」和平等〔平均〕沒有必然的關聯，符合「帕累托改善(較優)」或「帕累托最佳」的分配未必能讓每一個人在理智或情感上覺得滿意¹²⁹。即 Pareto 的學理並沒有對最終分配的「平均」之程度做出任何要求或限定。反之，若是依照 Rawls 的看法，社會所有成員的所得儘管可以容許有高低之差別，但對於最弱勢者一定要分配給他們達到某種額度的物資，這個額度是 Rawls 所認為的「正義」要求的。是故，Pareto 的學說在 Rawls 學派的眼中是殘缺不全的，因為它「沒有對社會財富的分配額的比例作出任何規定和限制，它不能作為公正的分配制度的基礎。只有與正義的原則結合在一起，它才能容納於合理的社會體制中」¹³⁰。Rawls 明言：「...單靠〔Pareto 的〕效率原則不能作為對正義的詮釋。因此，它必須以某種方式被補充。如今，在自然的自由之體系中，效率的原則受到某些『背景制度』(background institution)的約束，一旦這些約束被滿足，任何由此產生的有效率的分配都被接受為是正義的」¹³¹。故 Rawls 試圖「找到一種正義觀，其可以在各種有效率的分配中選出一種有效率、且同時也是正義的方式。如果我們成功做到這一點，我們將超越單純的效率，但又與效率的追求可相容」¹³²。

Rawls 其注目的焦點是認為社會最差處境的人必須優先獲得改善，則 Rawls 的倫理原則和 Pareto 是完全不同的。Pareto 堅持沒有人的福利惡化，但是 Rawls 會認為只要能提昇最痛苦的人的福利情況，則讓原本享受巨大福利的人的快樂減少一點又何妨，反正其本來的福利已經巨大無比了，減少一點又不會有多大影響。

總而言之，Pareto 固然有其追隨者，但他顯然仍然陷入「兩面不討好」的窘境。即對於像 Posner 這樣的學者，Pareto 還談「福利」就簡直如同在談玄論妙、講一些抽象飄渺難測的倫理學概念，乾脆把「福利」用「金錢」來代換。另一方面，像 Rawls 之輩，則認為 Pareto 所提出的價值判斷尺度之倫理內涵貧乏有限。如前所述，Pareto 的法則是一種價值判斷，而不是一種客觀的自然科學法則；有

¹²⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts) 1971, p. 71.

¹²⁸ Sen, 同註 5, p. 35.

¹²⁹ 請參閱霍德明等著，*經濟學 2000 跨世紀新趨勢* 上冊，三版，台北 2002, 296 頁。

¹³⁰ 趙敦華，勞斯的《正義論》解說，台北 1988, 68 頁。

¹³¹ Rawls, 同註 82, p. 71-72.

¹³² 同上，p. 71.

些學者根本不會把分配的正當性之基礎建立在 Pareto 的學說之上、甚至對其不屑一顧；正如黃有光教授所說的：「每當我們說一種狀況優於另一種狀況，或者說某種狀況是最優時，我們必定明確地或隱含地把我們的評價建立在某一套價值判斷之上。一種狀況按照某套價值被認為是最優的，而按照另一套價值卻可能被列在很低的地位」¹³³。

1.5 小結

至此，筆者將經濟學上影響到 Posner 從事法理學或說是法律經濟分析的思考之要素加以闡述出來，而這同時也揭露他終極的看待、認知世界的模式。這種看待及認知世界的模式，不是一種客觀的視野，而是一種價值觀，或者以 Thomas S. Kuhn 的術語來說，是一個「範疇」(paradigm)；或用 Gadamer 的名詞來說，是一個「偏見」(Vorurteil)，是每一個不同的人看待世界所戴的不同的有色眼鏡。

至此，年輕學子們或許會驚異經濟學與哲學的問題竟然是如此緊密的結合。事實上本來就是如此的，而法學更是如此。因此，社會科學家在思考的意境上若想要企及一個深泓的境地、躋登一個瑰偉的殿堂，應不能缺少哲學思辨反省之能力。所以，偉大的經濟學家 Keynes 說得好：「真正好的經濟學家必須同時擁有多方面的才能。在某種程度上必須是個數學家、歷史學家、政治家及哲學家」¹³⁴。霍德明等諸位教授則回應道：「這是一個很崇高的境界，我們『雖不能至而心嚮往之』；另一方面，這也說明了經濟學的特性：它是一門社會科學，必須融合人文社會的修養，才能廣能深」¹³⁵。

故希望有志向學的年輕學子們，都能對此崇高的境界努力追求。

在有了本章的闡述之後，已經可以得知法律經濟分析學派精神的歸趨。既已得其學說神髓，在閱讀未來諸篇章相信就更加能夠心領神會了。

第二章 法律經濟分析的肇始與轉折

2.1 法律經濟分析誕生的背景

「法律經濟分析」或是原先也常被稱為「法律與經濟學」(Law and Economics) 的學術探究乃發軔於二十世紀三〇年代，而且一開始都是由經濟學

¹³³ 黃有光，同註 49, p. 33 頁。

¹³⁴ 霍德明，同註 3, 7 頁。

¹³⁵ 同上，8 頁。

家在擔綱演出，法律人則置身事外、在一旁作壁上觀。這一個時期的探索，被稱為「舊的」法律經濟學。一直到二十世紀的六〇年代初期，經濟學家 Ronald H. Coase 發表了 “*The Problem of Social Cost*” 一文，以及 Yale 大學的法學教授 Guido Calabresi 發表了 “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” 這篇論文之後，促使了經濟學被普遍地運用在立法及司法的考量之上，而進入了「新的」法律經濟學時代，而法律人也加入成為研究的夥伴、甚至躍昇為主要的角色¹³⁶。

在此，有人不禁要問：為什麼法律經濟學有「新」、「舊」之分？其二者有何區別？以及這一學術運動為什麼是先由經濟學家開始發展的？

的確，事出必有因；經濟學家當然是面臨了實際的問題才要從事這樣的探究，因此要回答此處的提問並對整個法律經濟分析有所慧解，則不能不先對促成此一思潮之濫觴的經濟學問題有所掌握。

2.1.1 市場機制的窮盡乃法律介入之始

「完全競爭市場」是自經濟學之父 Adam Smith 以來無數經濟學家的夢想，因為在這種情況之下靠著市場的「定價體系」(pricing system) 機制這一隻「看不見的手」、以及追逐最大利益的人性，就能達成「效率」，即生產者能以有限的資源生產出最適量的商品、消費者也能以其有限的金錢能力享受最多的物品，而得到社會總體最大的福利。在這種情形之下，政府（法律）除了規範契約的生效要件及以強制力保障契約的實行之外，就市場的運作而言，政府是插不上手、無事可做的，即古典自由主義以法文所強調的政府「放任不管」(laissez-faire) 的角色。倘若世界按照這種理想就真的可以運作，則法律經濟學是根本不會誕生的。

只可惜，「就像人世間的事情從來沒有完美一般，市場機能也有不盡理想之處」¹³⁷。自由放任並不能保證達到「效率」，而其原因是多重的：例如除了「完全競爭市場」的型態之外，還有「獨占」型的市場；又例如有時市場並不存在，像「外部性」及「公共財」(public goods) 的情況，這是稍後會加以解釋的。在這些情形之下市場機能出現了缺陷，而往往由政府（法律）介入是比私人之間運用道德或人情的勸說更為有效解決問題的方法。又政府的介入是否又會產生顧此失彼的結果，即解決了一方面的問題，卻又製造出國營企業最典型的僵化、無效率等種種問題¹³⁸；這一切都很自然地成為經濟學家關注而想去研究的焦點。因此，最初的法律經濟學也就注定在經濟學家的手中誕生。

一言以蔽之，法律經濟學是源自「市場失靈」或譯作「市場失敗」(market failure)，正因市場有其能力不逮之處而往往需要政府的介入以濟其窮，故經濟

¹³⁶ 請參閱 EAL, 25-26 頁。

¹³⁷ 毛慶生等著，經濟學，台北 1998, 237 頁。

¹³⁸ 請參閱 張清溪等著，經濟學—理論與實際，台北 1987, 308-309 頁。

學與法律就此有了掛鉤。

「市場失靈」的原因一般被提及的是指「壟斷(人爲或自然的)」、「外部性」、以及「公共財」這三種；另有經濟學家又多指出「訊息不對稱」(asymmetric information)這一種原因¹³⁹。而「舊的」法律經濟學所致力探討的主題顯然集中於「壟斷」的問題上。而後來奠定「新的」法律經濟學之里程碑的 Coase，則是對於「外部性」的問題之解決提出了嶄新的建議而啓發法律(立法及司法)應一心以實現資源配置的最優爲念來實現「效率」。

「壟斷」及「外部性」都是較爲複雜的問題，至於「公共財」則較爲單純¹⁴⁰。本章是以探討新的法律經濟分析之奠基者 Coase 如何解決「外部性」的思想爲主，而在此之前也先介紹發端於處理「壟斷」的問題之法律經濟學思考，這樣我們就能夠對經濟學家當初創立這一學門的意念、以及後來的發展是如何由原本的企圖中再演進而生，得到有系統的理解。

2.1.2 「壟斷」作爲早期法律經濟分析之主題

要探討「壟斷」(獨占)的問題必須先對經濟學上相關的背景知識有所理解，而這會造成在寫作陳述上的技術困難，因爲本書並無必要重複做經濟學教科書上的工作；而 Posner 本人竟然在「法律的經濟分析」一書中的第九章像教科書一樣介紹壟斷的基本經濟學理論，實屬不必要也不合宜；因爲要陳述這些基本理論，經濟學教科書總是能用更大的篇幅介紹得更詳實，讀者隨時可以很方便去參考查閱；而在法理學的書中要談這些，徒然耗費篇幅而且也不可能達到教科書詳實的效果。本書仍以自然理性較能理解的方式在正文中闡述壟斷的問題，而在註腳中的敘述則設定給對這些經濟學基本理論已有了解的學生。

¹³⁹ 高希均，經濟學的世界：中篇，第二版，台北 2002，278 頁。「一般而言，訊息較少的一方經常常容易受到訊息較多的一方剝削。這時候，政府就必須出面設法彌補雙方訊息的差異」(Irvin B. Tucker, 同註 4., Economics for Today [現代經濟學，林介松譯]，台北 2000，372-373 頁)。因爲消費者對商品缺乏資訊(有時是生產者故意隱瞞產品之缺陷)將使其無法做出正確決定，其需求曲線會比資訊完全時更向右方移動，即消費者會購買太多並且以太高的價錢購買，而這些多被生產出來並販售掉的產品，是資源的浪費。結論是「資訊的不足，會導至消費者購買過量有缺陷的產品」(Tucker, 同註 4., 374 頁)。

¹⁴⁰ 「公共財」一般被定義爲沒有「排他性」(excludability)、也不具「相抗性」(rivalry)的物品；前者指某人若使用了該物則他人就無法使用(例如一塊麵包)，後者指某人使用之後雖然他人也可以使用、但樂趣會變小(例如當一條高速公路上的車子太擁擠時)。由於無法排除他人分享，因此基於人類取巧的心態，都會希望別人先提供，而後自己可以坐享其成。「即每一個人都想搭便車，結果大家均無車可搭」(毛慶生，同註 2, 246 頁)。原本公共財應由眾人共同出資湊足金錢去興建，但是由於付費意願的低落(搭便車的心態使然)，將經常無法湊足金錢，以至於公共財的產量將不足，即公共財往往無法由私人來充分提供(請參閱 張清溪，同註 3, 317 頁)；故最後必須仰賴政府來做。

但是究竟公共財的需求量有多大(政府應提供多少才是適當的量)？政府應該對比花費多少預算？爲了讓政府有能力提供公共財而應課徵多少稅？皆是難題；而「在現實社會往往透過政治程序來解決」(毛慶生，同註 2, 247 頁)。

2.1.2.1 人爲壟斷的問題

「壟斷」之所以受到公權力的約束管制，乃在於其會造成福利的損失，也可以說是一種無效率的結果，茲逐步說明如下：

在獨占的市場上只有一家廠商在生產某種無替代品的商品，故其有「市場力量」(market power)，也就是說其是「價格的制定者」(price taker)。但是這絕對不是說獨占的廠商就可以隨心所欲漫天開價。因為獨占廠商就算不必煩惱其它廠商的競爭，但是它必須關切消費者的需求，而消費者的需求曲線是一條負斜率的曲線（即價錢貴則買得少、價錢低則多買），如果廠商企圖以降低產量來大幅抬高售價，則若價錢真的太高了，大部分消費者可能力有未逮、心痛買不下手，消費者還是不會買（除非該獨占廠商賣的正好是某種必需品〔例如救命仙丹〕，那才可以予取予求、吃定顧客），結果廠商可能也不會賺錢；反之，生產得太多，則售價下跌，而且通常生產到某一數量後，邊際成本(MC)會上升，結果賣越多賺越少¹⁴¹。因此對於獨占廠商而言，首要任務就是要找出一個適當的產量，在這個數量下，能賣得好價錢、而且消費者也還能承受這樣的價格而願意去買，而讓廠商賺到最大的利潤。

獨占廠商藉著在不同產量下其商品所能賣出的不同價錢的經驗，可以探求知道其在不同產量下收益的情況（也可以同時探知需求曲線）；再加上廠商自己內部明白在不同的產量下其成本的情況；最後，其最佳產量的決定就是使產量停在**邊際成本等於邊際收益**（ $MC=MR$ ）之點（A）上，因為再多生產下去，邊際成本超過邊際收益，反而少賺。而在邊際成本與邊際收益相交的點所決定的產量 Q 點上，與需求曲線 D 垂直相對應的 B 點就是表示價格的縱軸上 P 點之高度，也就是消費者願意出錢購買的價格，即獨占廠商對其產品應該訂定的價格。這是獨占廠商可獲得最大利潤的產量¹⁴²。

但是，顯然獨占廠商的售價高於其邊際成本，即 $P > MC$ 。在獨占廠商以 $MC=MR$ 為標準所決定的產量與價格（廠商故意閒置部分產能而讓產量低、而價格藉此

¹⁴¹ 認為獨占廠商就不必理會消費者的需求，乃是一大誤解。獨占廠商面臨定價的高低將影響消費者購買意願的典型供需法則，如何提昇消費者的需求（靠做廣告、靠提昇產品的品質、功能的新巧來增加吸引力）是其極大的關心。而且理論上才有生產完全無可替代的商品的獨占的廠商；在現實世界或多或少都有替代品。替代品越多表示消費者的需求彈性越大、「獨占」廠商的「市場力量」（價格決定力）也就越弱（請參閱 EAL, §10.6, §10.7 段）。

¹⁴² 該圖參閱 N. Gregory Mankiw, *Principles of Economics*, 2. edition (經濟學原理，林建甫等譯)，台北 2001, 351 頁。獨占廠商為了要獲取最大利潤究竟是要選擇一個適當的價格或選擇一個適當的產量，此二者是同一個問題、一體兩面的，即最適當的價格就會在最適當的產量下產生。「...獨占者對價格與數量的選擇，兩者並非互相獨立；對應不同的價格，獨占者也僅能銷售出市場需求所能承擔的數量」（劉楚俊/洪啓嘉，現代個體經濟學 四版，台北 2002, 313 頁）。

得以被抬高)，只能帶給廠商本身最大利潤，但卻不能帶給社會最大福利。「...因為價格表示消費者願意支付的成本，也表示該產品能夠帶給消費者的利益，我們可以看成是整個社會的社會利益。另一方面，MC 代表廠商生產該產品所需支付的成本，我們也可以看成是整個社會的成本。在 $P > MC$ 下，表示社會對這個產品的消費利益大於社會的生產成本。顯然此時若廠商能增加產出，則社會利益會大於社會成本，也就是說整個社會可以達到更高的福利水準」¹⁴³。

若是要帶給社會最大福利，則應該將產量定於 MC 與 D 的交點，則生產的數量將增加到橫軸的 Q1 點，而價格將降低到縱軸的 P1 之點¹⁴⁴。

由以上論述可知，壟斷是讓廠商獲得超額利潤，而消費者卻要付出較高的代價（至於從美國的「反托拉斯法」一開始就積極對付的「卡特爾」（cartel）乃是指在少數廠商寡佔市場下，其彼此之間透過「勾結」（collusion）去協定彼此分配的生產數量及共同的定價；一旦其策略實行之後，市場的情況就如同方才所說的獨占之情況一樣）。但是，**假設**消費者所有損失的財富都全部落入生產者（廠商）的口袋，則許多經濟學家認為這只是純粹「財富的移轉」，並沒有減少社會整體財富或福利的總量，因為消費者減少的福利剛好是生產者增加的福利；而大部分的經濟學家認為**經濟學只關心社會整體財富總量、不必關切個人之間的得失（分配）問題**，因為他們認為這是一個超越經濟學家能力範圍之外的價值哲學問題。若依照這種見解，又**假設**壟斷只造成「財富的移轉」而並不會減少社會整體的財富之量的話，在經濟學上應認為這沒有什麼不妥，則政府也不應該去打壓這種壓壟斷¹⁴⁵。然而，至今看來，世界上的政府卻大多是打壓壟斷的，則其真正的理由便應該是壟斷除了會造成「財富的移轉」（分配不均）之外，還會讓減損社

¹⁴³ 高希均，同註 4, 194 頁。

¹⁴⁴ 「數量多、價格低」才是消費者的福利。但是獨占廠商簡而言之是採用「縮量抬價」或反過來說是一樣的「抬價制量」之策略來謀取自己的最大利潤。「...在獨占下產出量要比競爭市場之產出量小」（EAL, p. 301）。

獨占廠商造成的在消費者與生產者之間福利的消長、以及由此導至的社會福利總量變化，可依「生產者剩餘」及「消費者剩餘」的圖解得到一目了然的理解。右上圖是完全競爭市場的情形，上方三角形的面積是「消費者剩餘」、下方三角形面積是「生產者剩餘」。

右方下圖則為獨占市場下的情形，「消費者剩餘」縮減到剩下 A 區域（但如果生產者採用完全的「差別定價（價格歧視）」〔price discrimination〕，則連 A 這個區域都將轉變為「生產者剩餘」）。B 及 D 兩塊區域為「生產者剩餘」；而生產者雖然失去 E 區域，但得到的 B 區比 E 區大。因此在壟斷情形下廠商將比在完全競爭市場中獲得更大的利潤。而 C、E 兩塊區域則變成「無謂損失」（deadweight loss），即在獨占市場下社會福利總量比完全競爭市場縮減掉的部分。在本註腳這裏藉圖形所談論的是極重要的經濟學基本觀念，是有心研讀法律經濟學及反托拉斯法的學子們早晚務必理解的（圖形 黃柏農，經濟學（上），台北 1997, 237 頁）。

¹⁴⁵ 請參閱 Mankiw, 同註 7, 357 頁。

會財富的總量，即在註腳 9 的圖形中所提到的「無謂損失」部分；而這些「無謂損失」是肇因於廠商追求高價格而造成購買量的劇減而造成的。

2.1.2.1.1 壟斷與反托拉斯法的吊詭

然而依筆者的探究，上述的說法是可被質疑的；而且事實正好相反，政府打壓壟斷的目的是為了讓人民享受到眾多物美價廉的商品、以增加福利。也就是說，政府的立場或目標絕對不可能和某一些只關心社會財富總量而不關心財富分配的經濟學家一樣。換句話說，政府一定關心財富分配的問題（重點只在於政府所採的措施合不合目的性而已）。

「壟斷」是奧妙的，因為它通常剛好會**同時**產生兩個問題，一個是「大量財富落入壟斷者手中而人民卻得到低福利」，另一個是「減損社會財富的總量」（請參考圖 2.1.2.1C 與 2.1.2.1D）。於是，所以當政府打壓壟斷時，其理由到底是為了哪一個？就會讓人覺得撲朔迷離¹⁴⁶；即到底是為了保護消費者免受廠商高價勒索、要提昇人民的福祉、要「消費者享受低價格多產量的好處」，以免日久金錢皆流向壟斷者而人民窮困化¹⁴⁷？還是認為壟斷市場下廠商「減量以抬價」所造成的消費量降低導至社會財富總量減少、而政府認為這必須透過眾多廠商並存競爭才能造成物美價廉、提昇消費量而增加社會財富總量¹⁴⁸？故在「壟斷」的問題中，政府的考量是什麼，有時會讓人覺得不清楚。主要的原因就是這兩方面**通常**是同時交融相伴的。又若政府的考量是包含兩方面皆有，那是否其中一個才是主要目的，另一個只是附帶的、或只是實現主要目的的手段而已？

其實，政府的主要之目的是第一個（即政府的關心和許多經濟學家是不相同的），但反正這是要透過第二個目的才能夠達成。在反托拉斯中，兩者糾纏在一起了¹⁴⁹。

也就是說，在經濟學中，「效率」（經常是僅指「社會財富總量」最大化）與「分配」（倫理學的公平正義問題）**原本**經常被分開討論、甚至被認為是兩回事、甚至「分配不均」不是經濟學家的事。但是在反托拉斯的問題上，兩者又混在一起了（效率同時包含人民能享受的福利之意思），而且在大部分的情形下，同時以正比關係出現。故如果有一經濟學家在討論壟斷的問題時說：「只要管社會財富總量最大化就好，不必管財富平均的問題」，這就奇怪了；因為在壟斷的問題上，財富走向分配不公平的時候也正會是社會財富總量沒有最大化的時候，而社會財富總量會最大化的時候也是財富會走向平均的時候，兩者是成正比相連的，即「兩全」或「兩不全」。除非發生了兩者不成正比的例外情況，那我們就

¹⁴⁶ 請參閱 Richard A. Posner, *Antitrust Law* 2. edition (反托拉斯法 朱蘇力譯)，北京 2003, 38 頁。

¹⁴⁷ Tucker, 同註 4., 同註 4, 354 頁。

¹⁴⁸ 請參閱 霍德明等著，*經濟學概論*，台北 2002, 180 頁，及高希均，同註 4, p. 201 頁。

¹⁴⁹ 以台灣地區現行規範整體經濟秩序的憲章、宗旨即在打擊各種壟斷行為的「公平交易法」為例，其第一條開宗明義即指出「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法...」，即可看出此法的目的是多元的、交融的。大概「反托拉斯法」都是如此。

必須思考要如何取舍。

所以當 Posner 在反托拉斯法的討論中企圖為「有效率的獨占之例外情況」辯護，而主張應不應該打壓獨占廠商的標準只在於以「效率」（或他也同時說就是經濟學意義的「經濟福利」）為判斷的基準，「效率」這個字在此就具有特別的意思（與其它大部分的情況使用「效率」這個字的意思並不相同），即有雙重的意思，它同時包含了第一「財富分配走向平均（在眾多廠商競爭中人民得以享受最多價廉物美的商品）」與第二「社會財富總量最大化」的兩個項目。Posner 對此語意的問題並沒有加以澈底釐清¹⁵⁰。

通常「競爭」會讓上述兩個目標同時實現，「壟斷」則讓兩者全無。如今，Posner 要辯護的是有時候「壟斷」帶來「有效率」的例外情況，則他主張政府不應該在這種例外情況下打壓「壟斷」，即他所說的：「在經濟分析中，我們重視競爭是因為它提高了效率——也就是說，競爭是一個手段而不是一個目的——那麼，看來只要壟斷可以增進效率，就應當容忍壟斷，甚至鼓勵壟斷」¹⁵¹。

所以 Posner 企圖正當化「有效率的壟斷」，之情形，這個「效率」應是指能達成兩個目的意義下的效率。

2.1.2.1.2 獨占是否一定無「效率」？

反托拉斯法認為壟斷造成廠商為了追求自己最大的利益，一定將產量定在**邊際成本等於邊際收益**（ $MC=MR$ ）之點上；其將使消費者以高價購買商品，而減少消費者的福祉。

壟斷的又一個缺點是有可能造成在缺乏競爭的壓力下，廠商的組織管理日趨懈怠、研發意願低落、不求上進，最後是產品又貴又差。但是「壟斷」卻又未必有這個缺點，因為不同的企業、產業，很可能有相當不同的情況。獨占廠商（例如透過「合併」〔merger〕而形成的）可能正是因為其規模大，反而更能降低成本，只要其管理技術卓越。又獨占廠商也可能在研發上因為網羅了所有的人才而更具研發能力，又可避免人才分散在不同的生產同質產品的企業中造成「重複研發」而造成浪費。何況由分析獨占廠商的產量及訂價策略之圖形已可被認知到，獨占廠商若想要定更高的售價，取決於需求曲線能否再向右移動（需求增加），

¹⁵⁰ 嚴格說來，「效率」在經濟學中的意義是多樣的，第一，它可以僅僅指個人或個別廠商工作獲利的能力。第二，它可以指社會財富總量最大化，但不過問財富分配是否平均的問題。第三，在與倫理性問題有所曖昧交錯的福利經濟學領域，效率也包括有消費者能享受到量大質美價格低的商品之含意，則這個問題就會影響到財富分配的問題，因為在壟斷性市場下，如果消費者只能以高價購買劣貨，則日久社會財富將向壟斷者集中，而大眾將變為貧窮。

Posner 平時使用效率一詞，大多僅指第二個意思，但是在討論反托拉斯問題時，顯然是第三個意思。而他卻缺乏對語意的說明。

¹⁵¹ Posner, 反托拉斯法，同註 11, 31 頁。

Posner 又說：「效率是反托拉斯的終極目標，競爭只是一個中間目標，只不過這個中間目標常常離終極目標足夠的近，使得法院不必看得更遠」（32 頁）。他這句話是在嘲諷法官，因為法官缺乏經濟學的深入知識，只有常識上知道競爭會產生效率、壟斷不利於效率，於是從不深入探討個案的特殊情況，卻只要一看到壟斷就砍就殺，不知道有時候壟斷才能夠產生效率。

如本章註腳 6 所解釋的，故獨占廠商其實非常重視消費者的需求，也就是說其還是有誘因去研發更有吸引力的產品來刺激需求（因為人想賺錢的欲望無窮，即雖然已取得壟斷地位，但還是拼命努力，因為想賺越多越好）。又壟斷廠商為了保持壟斷的巨大利潤，會戰戰兢兢、努力不懈，也就是說，並非取得壟斷就可永遠高枕無憂，因為在某些產業，也許一個小本錢的創業者一旦有偉大的新發明，就可以打垮大公司（例如微軟）。

所以獨占廠商不一定沒有「效率」（在本小段中，若是有引號的「效率」之這個字僅指「**企業本身追求一己的獲利之能力**」而言），也有可能是很積極、上進、很有「效率」的。那麼根本的問題就只剩下：在某個產業的市場中，是獨占廠商的「效率」高，還是競爭的「效率」高。雖然通常的情況下廠商在競爭中才是有「效率」的，但卻也有可能在某產業中，多家中小型廠商的並存，反而由於每家廠商都因為規模小、成本高、重複研發、廣告...等等因素的大量浪費，反而使得在競爭市場下廠商成本更高、產品售價會更貴，則人民福利及社會財富總量俱減，結果，很反常地，「競爭」反而降低人民福利及社會財富總量；那麼就不如讓壟斷存在。固然這會讓大量財富集中於一家廠商之手、他也必定會使出「減量以抬價」的手段來謀求最大私利，但是他並沒有讓消費者的福利減少（也就是說，他求私利，但卻同時也最能造福社會眾人）。否則另一種選擇是，如果政府如果硬要將市場拆成多家中小企業並存競爭，可能浪費更多資源、廠商成本更高，讓商品更貴，買者更少，社會財富總量損失更大。即個別廠商有「效率」，才能夠造就社會有廣義的效率（人民福利及社會財富總量最大化）。

總而言之，最終原則就是：**如果「壟斷」竟然能比「競爭」讓消費者買到更好、更便宜的商品，則在這種情境下，壟斷廠商就應獲得正當性，而大量財富集中於其一人之手也就不能太過苛責他了。**

所以，哪些廠商或產業應該受到「反托拉斯法」（antitrust law）的制裁，一直是有爭議的而有賴於個案逐例來做判斷，不能一概而論¹⁵²。例如，台灣地區現行的「公平交易法十四條」禁止「聯合行為」（即卡特爾），但又列出七款例外，皆是在採行「聯合行為」能增進（廣義的）效率或福利時此行為是被允許的；可見反托拉斯法問題之複雜，不能一概而論。

Tucker 教授指出：「反托拉斯是一種混合了經濟和政治的藝術，或許政治更多、經濟更少」¹⁵³。在此所指的「政治」包括司法為了達成國家政策而做的判決考量。例如，在 1911 年美國最高法院裁定拆散標準石油公司的判決理由是指該公司運用非法手段（例如商業間諜、掠奪性定價）打垮競爭對手；法院認為獨占並不違法，而是該公司的非法打擊對手之手段才違法。但是在 1945 年，美國最高法院判決美國鋁公司違法的理由卻大大轉變為「不管獨占廠商是否進行非法商業行為，只要是獨占便是違法」¹⁵⁴，即從「大的不一定不好」變成「大的就是壞

¹⁵² 請參閱霍德明，同註 13，182 頁；及 Mankiw，同註 7，358-359 頁 及 397-399 頁；及 EAL, p. 322-323.

¹⁵³ Tucker，同註 4，同註 4，354 頁。

¹⁵⁴ 同上，361 頁。

的」¹⁵⁵。但是，在近年來由於國際貿易競爭日趨激烈，爲了提昇廠商在國際市場上的競爭力，許多崇尚自由競爭的學者鼓吹放寬對公司合併的限制，例如法國經濟學家 Lepage 說道：「集中將導向規模經濟及交易成本的降低，而這與反托拉斯所依據的一些原則是相衝突的」¹⁵⁶。而美國法院的態度也又回頭傾向 1911 年判決理由的見解¹⁵⁷。

正是因爲獨占不一定導至無效率的結果，而是一切都要視個案而定，因此這便正好成爲法律經濟分析學派可以大顯身手的場域，即該學派的主旨就是要大聲疾呼政府不應該一看到獨占就一律盲目喊打，而是要在個案中分析其結果、即效率究竟如何，才能夠決定政府是否應加以打壓。例如製造商規定經銷其產品的所有零售商都要以某一固定價格販售，即所謂「再出售價格限制」(resale price maintenance)，等於製造商強逼零售商們組織成一個卡特爾，阻礙了零售商之間的自由價格競爭，這種行爲在美國經常被判違法。而經濟學家則聲援製造商，他們說，製造商讓零售商形成一個卡特爾而減少競爭其實只會減少銷售量，製造商並沒有好處，所以製造商規定固定零售價格的目的只在督促零售商採取更好的服務來造福顧客¹⁵⁸。Posner 引用了這個理由，他解釋道，如果零售商可以自由定價，則某些提供良好售前服務 (presale services) 的商店將吃虧（而這些服務對顧客也許是極重要的，例如有禮貌的店員細心的解說產品、甚至可以先免費帶回家試用），因爲不願意提供良好售前服務的商店就可以把售價降低，結果導至顧客可以先到願意提供良好售前服務的店得到免費的服務，再到不願意提供售前服務的商店以較低的價格購買，即後者這種商店搭了前者的便車。到最後將無商店願意提供良好的服務，則對消費者不利。如果製造商規定統一的售價，由於「禁止價格競爭、但允許服務競爭，則每一個零售商將會在售前服務上投資，以便從其競爭對手處將顧客吸引過來」¹⁵⁹。最後，顧客由良好服務上的受益將不會低於由沒有服務而售價較低的商店購買商品的受益。

不過，筆者認爲，以這個理由爲「再出售價格限制」辯護，其實是不夠有說服力的。製造商之所以要求零售商以固定價格出售，筆者認爲其實是爲了求取私利而已，即製造商認爲其所規定的零售價及由此而生的銷售量即其可獲得最大利潤之點。由這個例子可知，「實證經濟分析」其實是將捲入無限多角度、複雜又不明、挖掘不盡的訊息中。而一個實證分析的結果往往也是各說各話、莫衷一是。很多分析說穿了只不過是不同偏見立場的經濟學家藉此發揮自己的信念的工具而已，其客觀性是大有疑問的，很多甚至是明顯的扭曲附會。

由於經濟分析的複雜及專業，經濟學家普遍「懷疑政府〔筆者按：在美國“government”的含義包含司法〕是否有能力從事成本效益的分析」¹⁶⁰。Posner

¹⁵⁵ 請參閱 同上 360-361 頁。

¹⁵⁶ Henri Lepage, 自由經濟的魅力 明日資本主義，夏道平等譯，台北 1988, 15 頁。

¹⁵⁷ 請參閱 Tucker, 同註 4., 365 頁，及 376 頁。

¹⁵⁸ 請參閱 Mankiw, 同註 7, 399-400 頁。

¹⁵⁹ EAL, 320.

¹⁶⁰ Mankiw, 同註 7, 359 頁。

也指出法院在反托拉斯法的案件中已犯了很多錯誤，法官對反托拉斯法案件的中遠不如在普通法領域內那樣有把握¹⁶¹。事實上，政府行政部門的財力及人力資源是極為雄厚堅強的；但是法院，則由於法律人素來和經濟的領域不相往來、又人力孤單，確實是難以應付專業的經濟分析。不過，如前所述，專業經濟學家的分析也不一定客觀，經常那只是一種主觀情感的詮釋，只是假借客觀科學之名而已。

2.1.2.1.3 對 Posner 於反托拉斯問題態度之評析

如本章開頭所述，「壟斷」正是讓法律經濟分析誕生於世的問題，它在二十世紀上葉就吸引了經濟學家的興趣，而 Posner 在 1973 年出版了《法律的經濟分析》一書以後的第一本書《反托拉斯法》（1976）亦是奉獻給此題目；足見效率與政府管制互動的問題，是經濟心靈的最愛，也在 Posner 的學術關心中佔據重大的地位。Posner 欲以其明顯傾向古典自由主義的立場，痛批美國反托拉斯法是顯示出政府經常一看到獨占就盲目亂打，政府一看到廠商只要有「合併」、「卡特爾」、「再出售價格限制」...等等行為就要打壓、就要對付廠商、限制契約自由。而 Posner 則是主張要在個案中分析其結果，才能夠決定政府是否應加以打壓。故如朱蘇力教授所言，Posner 的《反托拉斯法》其實是《反「反托拉斯法」》¹⁶²。

於是 Posner 提出的口號是「..反托拉斯法的唯一目標應當是促進經濟學意義上的效率」¹⁶³。他引用學者 M.S. Jacobs 的話：「爭論雙方完全同意...指導反托拉斯政策的只應該是配置效率的考慮。他們的爭論集中在，實現雙方都認同的目標，最好的方式是什麼這個次級問題的答案上」¹⁶⁴。他的意思就是說，在反托拉斯這個領域中，是最不需要搞什麼意識形態的，這只是一個經濟問題、純實證分析、純「工具理性」的問題而已，最高原則只是「有效率」，只要在某些情形下壟斷反而比競爭更「有效率」就應該容許、甚至鼓勵壟斷！故應該抱持中立客觀、不偏不倚的態度，針對個案，分析每個個案中的例如「合併」、「卡特爾」、「再出售價格限制」...等等行為會不會產生無效率的結果之後，政府才能夠決定應不應該打壓廠商，因為這種事情每個個案的結果都不同。如果壟斷在某些例外的情況下會有比競爭更能造福消費者的結果，則通常壟斷會造成「財富分配不均」與「減損社會財富的總量」兩個負面效果同時出現的情形也就被打破了！因為此時，社會財富總量並未減少，而至於「財富分配不均」的問題雖然存在，但是獨占廠商讓民眾買到便宜又好的商品、促進民眾福利，則對一般民眾也算是有所補償，因此也不能說是那麼不均了、只能算一小缺憾。因為在這裡，和通常壟斷廠商提供給消費者又爛又貴的商品的情況畢竟有所不同。

¹⁶¹ 請參閱 EAL, 314.

¹⁶² 請參閱，Posner, 反托拉斯法，代譯序 9 頁。Posner 抱怨政府往往不分青紅皂白，看到壟斷性的大企業就要「拆解」之，就一概認定拆成許多中小企業互相競爭既能讓「錢給大家賺、不要獨肥一家」、又能讓消費者買到物美價廉的商品。顯然 Posner 認為「競爭」不一定都有這種效果。

¹⁶³ 同上，3 頁。如前所述，Posner 這句話說得還不夠清楚，因為經濟學上的效率的意思也是多元的。

¹⁶⁴ 同上，二版序 1 頁。

總而言之，若在真的有「**壟斷能比競爭讓消費者買到更好、更便宜的商品**」的情況下，壟斷有大利及一小缺憾；而在這種情況下，如果政府因為奇怪的意識形態偏見硬要把市場弄成競爭的，給果是更糟而已。因此，若真有這種情形，筆者亦認為需容許壟斷的存在。

但是「**壟斷能比競爭讓消費者買到更好、更便宜的商品**」畢竟不是常態現象，要判定是不是如此，談何容易！微軟公司的確是運用他的市場力量在抬高售價的，而誰能預言微軟公司若被拆解，我們購買電腦軟體需花更高或更低的價格？Posner 呼籲在反托拉斯的領域中不要搞意識形態的，要不偏不倚、中立客觀，讓事情回歸經濟、依靠純實證分析。這種冠冕堂皇的口號，沒有人會反對。但是問題只在於就像沒有人能預測景氣何時會復甦、也沒人真能預測股票會漲或跌多少，「實證經濟分析」用在分析壟斷或競爭的效率上，情況也沒有好到哪裡去，面臨的往往是陷入無盡資訊的泥沼中，這種世界的高度複雜性、偶然性、不可預測性，尤其在近世的社會科學理論中被一再指出，故 Posner 實不必太吹捧實證經濟學在這方面的「科學性」，（如果「科學」是指一種先知明確指路的功能的話）¹⁶⁵。而「實證分析」，如前所述，也往往只是被不同偏見立場的經濟學家藉此發揮自己的信念、主觀情感好惡的工具而已，這在 Gadamer 的詮釋學問世之後，大概已無庸置疑，例如上一段中 Posner 對「再出售價格限制」的辯護，顯然牽強，太明顯暴露其古典自由主義者的偏好而已¹⁶⁶。

2.1.2.1.4 「反托拉斯法」小結

「反托拉斯法」是一個「純工具理性」的領域嗎？那他已經被一致同意、無爭議的「實質目的」又是什麼？

是「經濟效率」嗎？就算是「經濟效率」，那又是指哪一種意義的「經濟效率」？這可要弄清楚，否則結論完全不同。在此，「效率」的意思應該絕對不是只指「壟斷者本身能致富而社會大眾必須忍受高價的物品」，否則這種「效率」的意義就只是指「個人或個別廠商獲利的本領」而已。國家不會允許「壟斷者本身能致富而社會大眾必須忍受高價的物品」這種現象續存，因為這不是國家的目的，由此正可以看出國家制定「反托拉斯法」自始就有一種強烈的價值判斷性格、即「規範性」（normative）的國家政策目的本質（雖然今日的許多經濟學家懼怕把這種論述帶進經濟學中）。

¹⁶⁵ 請參閱本書第三章註腳 16，其中如“Chaos Theory”，及 Niklas Luhmann 的社會學，對世界的高度複雜、高度偶然、及不可預測性，皆有理論的鋪陳。

¹⁶⁶ 如 Posner 自己所言：「規模經濟的判斷充滿困難」（反托拉斯法，同註 11, 131 頁）。

筆者並不是說，既然如此，任何藉助專業知識對未來的評估、規劃都是多餘的。因為人在世上，總是要評估並對未來做決定的，而人所能依賴的，當然是既有的資訊以及其所能理解的知識。但是我們必須了解這些預測的極度有限性，不要做誇大且鐵定是如此之口氣的預言，世上沒有比這更不智的事（例如預測兩年後景氣會怎樣、採取貨幣或財政措施干預之後必然景氣會怎樣、半年後股票會到多少點）。只能多方考慮，一小步一小步踏出、隨時修正，並極為注意自己的分析中是否被主觀的情感好惡所宰制。

因為，試想，國家為什麼、又憑什麼打壓壟斷呢？這本身當然就脫不了是一個公共價值判斷的結果；例如，若是某企業家靠著他卓越的經營管理能力及科技創新力之領先而成為獨占、或是某企業家要藉著契約自由兼併其他企業而獲得壟斷的地位，這難道不能被理解為是「各憑本事」嗎？他又為什麼要遭受政府的打壓呢？政府憑什麼干涉他賺錢的基本人權呢？為什麼這些「有本事」的人不被允許能藉此賺更多的錢，反而其行為還要被戴上「妨礙競爭」、「不公平競爭」的帽子呢？

足見「厚生」已自然被國家設定為比「契約自由」更高的價值，「權利」已經社會化了，個人自由權不能被無限擴張。

所以國家只有在一種情況下會容忍壟斷，即除非壟斷能比競爭造就人民可以享受更多物美價廉的商品，在這種情況下，獨占者得到巨大利潤、但卻對社會大眾也最有利（這是國家能容忍他賺取壟斷利潤的底線），所以國家不干涉他大賺特賺；總而言之，**國家允許壟斷並不是只為了讓它當成個人創業求富的「激勵」而已**，而是正好他這個壟斷能比競爭造就更大的全民福利，才允許其保持其所欲的壟斷。同理，要是國家一朝發現允許競爭會讓人民可以享受更多物美價廉的商品，則即使對已經取得壟斷地位的廠商，政府的干涉立刻就來了¹⁶⁷！問題只在於「究竟壟斷還是競爭才能夠讓人民享受最大福利」的這個高度專業複雜的技術性問題難以判斷，而國家一直都判斷得對了嗎？（而哪一位經濟學家又判斷得對了嗎？）

但是國家的大原則、大目標是簡單清楚的！

2.1.2.2 對「自然壟斷」的管制

此外，初期的法律經濟分析學所致力的另一題目，則是有關「自然壟斷」（natural monopoly）的問題。所謂的「自然壟斷」，即指如果單獨一家廠商的產量已經足夠滿足市場所需，而且因為其規模大、產量大，而使得廠商的平均總成本一直降低、則報酬應可遞增，因此以獨占方式生產反而可以比競爭時更降低成本而達成效率。反之，若是有多家廠商加入瓜分市場，每家廠商只能佔有一部分

¹⁶⁷ 壟斷之所以在某些特殊情況可以被國家允許，只有在壟斷反而比競爭更能實現前述兩大目標的例外情況下才存在；但國家並不是要以壟斷的利潤的來作為對人民上進心的獎賞（激勵），一個取得壟斷地位的廠商能被允許繼續壟斷，除非這樣與社會的利益亦相調和。這也是為什麼例如專利法也只願給予發明人一定範圍內的獨享權，因為在這個範圍內，尚能讓個人利益與社會利益調和。

吾人應注意，Posner 這種古典自由主義的信徒強調獲利的「激勵」、而偏袒資本家，故其在行文時不時會有誤導之嫌。即，其強調壟斷者是有過人之處才能夠成為壟斷；而且已取得壟斷的廠商不一定表示可以高枕無憂，而是仍有可能會有新加入者來挑戰他、甚至打垮他（尤其若是此行業對欲新加入者沒有技術上或資金上的困難）。故壟斷廠商為了保持壟斷的巨大利潤，會戰戰兢兢、繼續努力於管理及發明創新、保持高人一等的效率。Posner 是在暗示：已取得壟斷的廠商一定是很有效率的、比競爭市場好、而且他還是面臨潛在的未來競爭威脅，故國家何必再打壓之。

這當然是其情感上偏頗所發的帶有色彩的言論。

其實，對此專業問題吾人只能依個案情形就事論事。

市場，則每家廠商的成本都很高，對廠商及消費者反而都不利¹⁶⁸。

「自然壟斷」的產業型態一般即是指「公共事業產業」(public utility industry; public utilities)，如自來水、電力、煤氣、電話，另外也包括到「公共運輸」(common carrier)，例如鐵路。這種事業的特徵是一開始鋪設管線的固定成本非常高昂，但是一旦鋪設完成，多增加用戶時，邊際成本非常低，只要將用戶的管線接到幹線上即可，故規模越大，平均總成本越低，對消費者及廠商都最有利。

反之，如果有多家廠商並存，則每一家廠商都要鋪設自己的管線，而只能佔有有限的市場，當然是不智、無效率、對社會而言也沒有必要。而就算原本有多家廠商在市場上競爭，每一家廠商為了競爭勢必要將售價(P)壓低到其邊際成本(MC)，但是由於「公共事業產業」的事業其一開始已經先投入的固定成本非常高昂，如果現在廠商為了競爭只能把售價定在其邊際成本的水平，則由於這些事業的平均總成本(ATC)必定高於邊際成本，則廠商必定要忍受長期虧損；最後一定會逐漸退出這個行業，直到僅剩一家為止，而後僅剩的最後這一家才能抬高售價。同理，如果原本已經有一家足夠規模的公共事業公司佔有了整個市場，則其他人也不會有興趣要加入這一行業來跟他競爭¹⁶⁹。

「自然壟斷」的問題是當市場上僅存在一家廠商時，廠商還是會希望和稍前討論過的人為的壟斷之情形一樣，企圖 $MC=MR$ 的標準來定產量及價格；即提供較少的產量來賣高昂的價格以求獲得最大利潤。但是「公共事業產業」都是關係到人民生計的事業，怎可讓廠商為了私利而導至民不聊生。因此在許多社會中，這些項目是由國家經營的，因為國家經營可以不以賺錢為目的、而是以照顧人民為目的；或者就算由私人企業經營，其售價仍由民意機關(議會)決定、其服務亦受法令管制¹⁷⁰，例如對於偏遠地區的居民要求締約(要求接電、接水、接電話線)時不得拒絕、及政府在這種情形下可以給予廠商補貼...等等事宜。

至於國營(虧損)、或是私營而由政府補貼私人廠商，這不僅僅會涉及「效率」的問題，其實還涉及到價值哲學的「財富重新分配」(或所謂「公平」、「正義」)的問題。因為國營的虧損、或補貼私人廠商的財政缺口最終都需由課稅來填補，而課稅往往會對經濟繁榮造成打擊¹⁷¹。此外，稅是人民要繳納的，則這和政府不介入而讓廠商向消費者索取高價的結果，就消費者的負擔而言，似乎也不一定有差別。但若是政府不介入，則不論貧富的民眾都要以高價向廠商購買；反之若政府介入而後以課稅填補財政缺口，則富人往往繳極重的稅，窮人繳的稅則微乎其微，這等於是富人出錢提供窮人這些民生資源；故顯然在此經濟學又涉及

¹⁶⁸ 請參閱 Mankiw, 同註 7, 345 頁，及 高希均，同註 4, 279 頁。

¹⁶⁹ 請參閱 毛慶生，同註 2, 241 頁。

¹⁷⁰ 請參閱 張清溪，同註 3, 214 頁。有關政府對於產生「自然壟斷」現象之「公共事業產業」之訂價規範，通常有三種辦法；對此，讀者在一般的經濟學教科書中皆可得到詳細的資訊。首先是放任由廠商依獨占廠商追求本身最大利潤的考量(即產量以 $MC=MR$ 為基準)而訂價，即右圖 C 點；再者是要求廠商僅依邊際成本定價、並由國家給予廠商補貼，即右圖 A 點；最後是平均成本定價法，則廠商的長期利潤將為零，即右圖 B 點(圖形參閱 毛慶生，同註 2, 242 頁)。

¹⁷¹ 請參閱 毛慶生，同註 2, 243 頁。

到了價值哲學的「分配正義」問題。

經由上面的論述，吾人已經可以得知，法律經濟分析是源自「市場失靈」的現象。而對於「市場失靈」，有經濟學家將之界定為：「當市場運作沒有受到抑制（unrestrained）時，所產出來的產出水準與經濟效率的水準有所差異時，稱為市場失靈」¹⁷²。亦有經濟學家將之定義為：「在運用資源的過程中，市場只處理了一部分權益交換；沒有被處理的部分可以看成是市場機能力有未逮的地方」¹⁷³。如果依本書所提及並介紹的「壟斷」、「外部性」、「公共財」這三種「市場失靈」的情形而言，則似乎第二種對「市場失靈」的界定，並沒有能夠涵蓋到「壟斷」的情形；而第一個定義若是要涵蓋到「公共財」，則也需一番引申詮釋的功夫。總之，吾人倒是可將此兩種定義所涵蓋到的情況都視為是「市場失靈」。

2.2 新的法律經濟分析之發軔 — Coase 與「外部性」

2.2.1 「外部性」難解的癥結所在

在探討完法律經濟分析的思想之所以發軔之人為及自然的「壟斷」問題之後，便要將主題轉往「新的」法律經濟分析運動，而在此將以諾貝爾經濟學獎得主 Coase 的思維為主軸，而他所深思反省的即「外部性」的問題。

前一章已經介紹過「外部性」的意義，而就市場的利益而言，「外部性」的存在所導至的後果，簡而言之是使得「人們的經濟行為有一部分的利益不能歸自己享受，或有部分的成本不必自行負擔」¹⁷⁴。「外部性」的問題最具意義的就是環境污染；因為買賣雙方在決定其供需時，沒有考慮到其行為將給社會帶來的外部效果；故表面上雙方達到的供需平衡應該是帶給交易的雙方最大福利，但是因為其製造的污染是一種外部成本，交易的雙方不必承擔這個成本，卻由社會大眾去替他們承擔這個成本，即造成社會利益被破壞，例如水、空氣被污染或噪音降低了他人的健康或工作能力、或者政府或人民還要出錢出時間去除去此污染，因此社會整體的利益並沒有達到最大¹⁷⁵。所以縱使是在一個「完全競爭市場」（即號稱可以在「生產要素組合」、「產品交換組合」、及「消費與生產全面均衡」三方面皆達成「Pareto 最適」）之中，只要「外部性」存在，市場的機能仍然無法造就社會資源配置的最佳化¹⁷⁶。

¹⁷² 黃柏農，同註 9, 345 頁。

¹⁷³ 霍德明，同註 13, 227 頁。

¹⁷⁴ 張清溪，同註 3, 310 頁。

¹⁷⁵ 請參閱 Mankiw, 同註 7, 220 頁。黃柏農教授指出：「由傳統經濟模型所決定的商品的生產與消費均衡價格與數量並無法充分反應出生產與消費該商品的所有成本。因此我們說市場存在一種市場失靈的狀態」（同註 9, 346 頁）。

¹⁷⁶ 請參閱 張清溪，同註 3, 311 頁。這個學理在第一章的註腳 79 曾介紹。

我們可以再以圖形及若干文字說明如下¹⁷⁷：

社會成本 = 私人成本 + 外部成本，因此在一個會產生「外部性」的行為中，若要達到社會福利的最佳情況，必須探求了解出「社會成本」是多少。**A** 點是交易（供需）雙方只考慮到供應者的「私人成本」時所得到的價量均衡點。但是若加入「外部成本」（即污染的代價）則社會成本的供給曲線 **S1** 應在 **S** 的左上方，而與需求曲線相交於 **B**，對應到橫軸，真正能帶給社會最大福利的產量應該是比 **Q** 點更低的產量 **Q1**。

爲了讓社會資源的配置達到最佳化，政府通常會例如運用課稅的方法讓廠商支付生產過程中其所造成的「外部成本」；否則，如果廠商不必考慮「外部成本」的話，則其生產的數量就會超過對社會最有利的產量¹⁷⁸。

「外部性」的問題之所以若不藉助政府的介入就無法被解決，乃是因爲「私有財產權的難以主張」。也就是說空氣污染、水污染、噪音...固然損害到了其他的人，但是這些人卻無法主張工廠不能把廢氣排放到空氣中、或是不能發出巨大的聲響；同理，不自己開車而改搭公共汽車的人「也不能要求道路使用人，不得侵犯他放棄開車所創造的道路空間；而接種 **B** 型肝炎疫苗者，更無法要求未施打疫苗的人，不得享受減少被傳染機會的好處」¹⁷⁹；在自家花園辛勤種花而使花香四溢的人也無法要求走過其花園旁邊的人不准聞到其花的香氣、否則要付錢。

簡而言之，「外部性」所涉及的是「公共財產資源」（common-property resources）或是無主物（例如空氣）在法律上無從清楚劃分其歸屬¹⁸⁰；而既然例如空氣不是屬於某人的財產，則也無人能向污染空氣的工廠要求賠償、或者要求工廠若想排放廢氣必須先向鄰居購買「污染權」，而後鄰居才准許工廠污染此區域的空氣¹⁸¹。

由以上的陳述可知，既然沒有辦法主張財產權，所以也就**無法建立市場**，這一點是極爲重要的，因爲 **Coase** 就是看準了這一點，而主張法律應將這些事項都劃分出財產權，視之爲私人的、可讓私人自由協議交易的私有財產，而使得私人之間可以循市場自由交易的門路解決「外部性」的問題，而他強調這種解決方式比以往人們慣用的政府介入的諸般傳統方法更能達到效率。**Coase** 也就是因爲提出此一洞見而在學術史得享大名並造就新的法律經濟分析思想。以下我們就詳細加以介紹。

¹⁷⁷ 請參閱 Mankiw, 同註 7, 222 頁。

¹⁷⁸ 請參閱 張清溪, 同註 3, 312 頁。

¹⁷⁹ 毛慶生, 同註 2, 250 頁。

¹⁸⁰ 請參閱 張清溪, 同註 3, 313 頁。

¹⁸¹ 請參閱同上。

2.2.2 解決「外部性」的傳統方法

對於「外部性」的問題，在 Coase 提出其有創新性的解決方案之前，亦早已存在三種對策：

第一，**管制 (regulation)**：即政府規定只能排放某一固定數量的污染物進入環境中、或是排出的污染物其毒性含量要在某一標準數值以下、或者是處理排放污染物的程序必須要採用某一套科技的設備。這種規範的方式有其缺點，例如政府所訂定的污染物的量或是毒性的數值是如何決定的？換句話說，大自然中存在多少污染物才會對人體或當地生態產生傷害？這經常難有客觀的標準、而且針對不同地區也會有不同的考量。又這種辦法在廠商一旦達到政府的標準之後，就沒有再更進一步降低污染排放的動機（誘因）了。此外，政府執行對廠商的監測及取締之代價也很高¹⁸²。又如果是要求廠商處理排放污染物的程序必須要採用某一套科技的設備，則政府的環保部門必須對該產業的科技資訊很了解，但是通常政府主管部門卻是外行¹⁸³；而且如 D. Friedman 所說的：「如果環保主管機關去問企業知不知道有哪種有效率的方法可以控制其污染，企業一定給出『不知道』的答案，因為若環保主管機關相信不存在有效率的控制方法，企業就可以繼續污染環境，卻不必負擔任何控制污染的成本」¹⁸⁴。

又有經濟學家強調，在訂定排放污染物的標準（emission standard）時，應該考慮到經濟效率；簡而言之，如果讓廠商多排放一點污染物雖會帶來對生態價值五百萬元的損害，但卻可多帶來五億元的商業利潤，則就應該允許廠商排放這一點的污染物。是故，根據經濟學上的邊際思維模式，政府所應允許廠商最適當的污染製造量，應是讓「邊際社會成本」等於「邊際獲利」（ $MSC=MB$ ），即圖上的 A 點。而不是讓廠商自己的邊際成本等於邊際獲利，即圖上的 B 點¹⁸⁵。

第二，**課稅**：這是讓外部成本的製造者必須繳稅。稍前我們提過：「社會成本＝私人成本＋外部成本」，而繳稅的金額就是按照其所造成的「外部成本」來訂。也就是說，其製造的污染造成多少傷害，其就付多少錢；這樣當事人在生產或消費時就會將稅金視為其行動的成本而調整其生產量或需求量，這就叫做把「外部成本」給「內部化」（internalize）。例如，張三作為香煙的消費者每吸一包煙造成他人的健康損害達十元，則政府就對吸煙者課稅，以至每包煙都漲價十元；結果張三自然會減少吸煙，將其吸煙量調整到一個對社會福利而言最適宜的消費水準。然而要衡量「外部成本」卻仍是一件棘手的事。

¹⁸² 請參閱 同上 314－315 頁。

¹⁸³ 請參閱 Mankiw, 同註 7, 232 頁。

¹⁸⁴ David D. Friedman, *Law's Order*, Princeton 2000, p. 30.

¹⁸⁵ 黃柏農，同註 9, 53 頁。

這種課稅的方法叫作課徵「排放費」(effluent fee; effluent charge)，是由經濟學家 Pigou 發明的，因此又叫“Pigouvian Tax”。一般經濟學家都認為這個方法比「管制」好，因為製造污染越少（即傷害生態及他人健康越少）者其需要繳的稅就越少，則當事人有心去設法減低污染，例如採用更先進的環保科技¹⁸⁶。這就叫做「誘因式管制」(incentive-based regulations)而非「命令式管制」(command-and-control regulations)¹⁸⁷。而且採用這個方法，政府環保機關不需要去了解廠商要防治污染需要花費多少成本、或要採用什麼科技設備，而是只要知道污染物造成的損害即可；如此一來，徵稅之後（即「外部成本」「內部化」之後）若是某廠商認為成本過高已無利可圖，自然會結束營業；這表示不符合整體社會福利的企業將不存在¹⁸⁸。

至此所敘述的第一及第二種方法，都賦予政府很大的權力，例如判定「外部成本」有多大、規定排放污染物數量或有害物質含量的標準、規定廠商處理污染物的必須程序及採用的科技的設備...，都有讓政府官員舞弊索賄貪污的空間。其實處理「外部性」至今並沒有完美的方法，即使在下一個段落要介紹的 Coase 之方法亦然。

第三，**允許交易污染權**：這是一種融合政府管制及市場精神的靈活方法。假設在一條河川有 A、B 兩家生產不同商品的工廠，政府機關認為此河川至多只能承受六百噸的污水，又例如政府規定每家工廠可以排放三百噸的污水。如今 A 工廠所生產的商品市場價格大好，所以 A 工廠想增產，但是只要增產其污水排放量就會超過三百噸；正巧此時 B 工廠所生產的商品市場價格不佳。此時 A 工廠可以和 B 工廠商議，付錢給 B 工廠叫其減產而減少一百噸的污水排放量，讓 A 工廠能增產而多出一百噸的污水排放量。只要兩家工廠自己算一算是可獲利的，而污水總排放量仍是六百噸，則這種能造就效率的措施，是該被實行的靈巧方法，也可以說「排放權市場自動地產生效率的排放型態」¹⁸⁹。

2.2.3 以市場自由交易機制解決「外部性」的構想

課徵「排放費」（即課徵“Pigouvian Tax”）只是將「外部成本」加以「內部化」的方法之一而已，而 Coase 則看出這並不是一種最有效率的方法，於是他提出另外一種也是將「外部成本」加以「內部化」的方法，就是將外部效果視為私人的財產權、並由政府明確規定其歸屬，這種方法將能達成社會資源配置有效率的結果。如毛慶生等教授所指出的：「以課稅...方式，將外部效果內部化，只是政府改進市場失靈的途徑之一。除此之外，1991 年諾貝爾獎得主 Coase 則主張確定財產權歸屬的方式，作為外部效果內部化的手段。由於外部效果發生的原

¹⁸⁶ 請參閱 Mankiw, 同註 7, 233 頁。

¹⁸⁷ Tucker, 同註 4, 390 頁。

¹⁸⁸ 請參閱 Friedman, 同註 49, p. 52.

¹⁸⁹ 劉楚俊/洪啓嘉，同註 7, 449 頁。

因與財產權的不確定有關，Coase 主張由政府將外部效果視為財產權，並確定財產權的歸屬；因此外部效果的製造者和受影響者，便會透過協商購買外部效果，自動選擇經濟行為至最適水準。政府也就不須要藉著課稅...來介入具有外部效果的經濟活動」¹⁹⁰。

由早先政府解決「外部性」的諸方法（管制或課稅）中可以看出，製造污染者都被視為是理所當然應該被打壓的對象，即其要負出代價；這似乎也意涵著其他的人有權利不被污染。但是在此，權利是籠統的、甚至有些神秘的，到底是指國家的生態不允許被破壞？或者是環境本身有權不被侵害？還是人民有權利享有乾淨的生活環境？

而就算是人民有權利享受乾淨的生活環境，這種權利也不是民法上的私有財產權，因為人民並無權利澈底自由處分這個權利（即例如把它賣掉，寧可被污染毒死、而只要能換得一筆錢留給子孫就好了），而毋寧是一種憲法學上所討論的不可透過交易去自由轉讓的基本人權¹⁹¹。

但是身為經濟學家的 Coase 卻是主張政府將之規定為私人的財產權，則人民彼此自然會依照市場的自由交易達成資源配置最佳化、即有效率的結果。例如，假設工廠旁邊有一個住有十戶人家的小社區，傳統的做法是政府為了要讓那十戶人家享有健康而對該工廠進行管制或課稅；如果該工廠因為排放廢氣而每年對這社區的居民造成健康損害，要維護居民的健康每年要花費一千萬元的醫藥費，則政府若是採用“Pigouvian Tax”的方式來解決問題，該工廠每年即要被課徵一千萬元的排放費。但是如果採用 Coase 的策略、將又將是如何呢？首先我們看看共有哪些方法可以讓這社區的居民保持健康：

1. 以醫藥來維持健康，共要一千萬元。
2. 工廠裝設一組先進的污染處理設備，要花費五百萬元。
3. 這十戶居民的家中如果都裝設有一套空氣清淨設備，則也可以保持健康，而每套設備是三十萬元，十戶人家總計要花費三百萬元。

Coase 主張將外部效果視為私有財產權，並由政府明確規定此財產權是歸屬於誰，則問題將自行獲得有效率的解決。

而權利不外乎是歸工廠所有或是歸居民所有。

我們先假設第一種情形，即政府規定居民擁有享受乾淨空氣的權利，則可能的結果是：

1. 工廠為了要繼續生產，必須向居民購買其使用乾淨空氣的權利。而成交的價格將是一千萬元，因為這些錢才夠居民購買醫藥保持健康。
2. 工廠購買一組先進的污染處理設備，花費五百萬元。
3. 工廠派一名幹部去和這十戶人家協商，表示工廠自願花錢替每戶人家裝

¹⁹⁰ 毛慶生，同註 2, 254 頁。

¹⁹¹ 請參閱「環境權」是否能作為基本人權是憲法學上近來熱門的問題。亦請參閱拙著《法學方法論與德沃金》3.2.2 段。

設一套家庭用的空氣清淨設備，則工廠總計要花費三百萬元。

在這三種方案中，工廠當然是**期待**能成功地採行第三案。

但是第二種情況是政府規定**工廠有排放廢氣的權利**，即居民並不擁有享受乾淨空氣的權利，則可能的結果是：

1. 居民每年自行付出一千萬元看醫生。
2. 居民協商後派出代表向工廠表示，居民願意共同出資五百萬元替工廠裝設一組先進的污染處理設備。
3. 居民每戶自己花三十萬元買一套家庭用的空氣清淨設備，則十戶人家總計要花費三百萬元。

在這三種方案中，居民當然是會毫不猶豫地採行第三案。

在這整個例子中，我們看到政府不論是把財產權規定給誰，結果都是付出三百萬，而這是對社會整體經濟而言最小的代價、即有效率的結果；至於「**權利屬於誰**」只會決定由「哪一方要付出這三百萬」（當然是沒有權利的那一方要損失這筆錢），但並不影響就社會整體而言達到效率。因為「由誰付錢」只是「財富移轉」的問題，並無減少社會的財富總量。在本書前一章的第 1.2.3.2 段落中，筆者已經強調過，法律經濟分析學派篤信自由市場的自願交易之方法經常是比用法律死抱一套僵固的意識形態價值觀做強制規定要更能有效率地解決問題，因為人是「理性的」、懂得鑽營最大自利的。Coase 的想法充分顯示他是典型的這一類的經濟學家，以致於有此靈感在他腦海的誕生。

2.2.3.1 「交易成本」的關鍵角色與「科斯定理」之精神

但是上述的分析只是一種理想的狀態，在現實世界並不存在，因為它忽略了所謂「交易成本」（transaction cost）的存在。Coase 也強調，交易成本不存在只是一個「不符實際的假設」¹⁹²，交易成本不存在的假設就好像物理學上假設摩擦力不存在，但這不會是事實。所謂「交易成本」即「在協商過程，或執行協商結果所發生的成本」¹⁹³，或說是指「市場機制運行的費用，即當事人雙方在通過市場進行交易時，搜集有關信息、進行談判、訂立契約並檢查、監督契約實施所需要的費用」¹⁹⁴。用 Coase 自己的話來說是：「爲了要實現一項市場交易，必須弄清楚某人願意與之交易者是誰，必須通知人們某人願意交易，以及願意在何種

¹⁹² Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, in: The Journal of Law & Economics, Volume III October 1960, p. 1-44; p. 15.

¹⁹³ Mankiw, 同註 7, 230 頁。

¹⁹⁴ 蔣兆康，《法律的經濟分析》中文版譯者序言，在：法律的經濟分析（上冊），蔣兆康譯，北京 1997，中文版譯者序言部分之 16 頁。

條件下交易，必須進行能導向簽訂契約、並實施為保證契約規定的條件能被遵行所必要的檢查...等等的諸談判」¹⁹⁵。在我們舉的例子中，假設在法律規定居民擁有享受乾淨空氣的權利之情況下，工廠派出幹部和居民協商要替他們每一家庭裝設一套家庭用的空氣清淨設備時，將可能會遇上什麼情況呢？除了雙方討論要花費時間之外，若雙方語言不通時要請翻譯，達成初步共識後為了簽訂具體協議及執行必須僱用律師；又如果居民不是十戶，而是一千戶、一萬戶時，則交易成本更大，因為人多口雜、意見整合幾乎是不可能的事，光是要等到居民通通簽字就很困難，而且如果有些時候要大家分攤費用（如律師費），則很多人一定會有「搭便車」（free-riding）的投機取巧觀望心態，希望反正有那麼多人，別人付就好了，結果是一大堆人都不交錢而無法請律師。此外，在這個案例中，如果是居民擁有享受乾淨空氣的權利，則居民面對工廠派來協商的代表者，一定不可能輕易就一口答應接受工廠替他們每一家庭裝設一套家庭用的空氣清淨設備的建議，因為居民將會非常精明地去打聽工廠如果要裝一組先進的污染處理設備究竟要花費多少錢，而工廠也會盡量不讓居民知道其若是安裝一組先進的污染處理設備要花多少錢，否則居民一旦知道一組先進的污染處理設備要五百萬元，勢必不會「便宜了工廠」，而是在協商中要求工廠付出總值接近五百萬元的代價給居民（例如居民除了接受工廠替他們每一家庭安裝一套空氣清淨設備之外（總價三百萬），還會要求接近兩百萬元的其它回饋；為此，居民與工廠在協商中勢必展開一場曠日費時的鬥智策略行動，也將消耗掉許多資源，甚至無法達成協議¹⁹⁶。

因為「交易成本」的存在，往往使得自由協商的方法在現實上仍難以矯治「外部性」所造成市場失靈。因此 Coase 所欲追求的效率，只能在假設無交易成本的情況下被實現，而所謂的「科斯定理」（Coase Theorem）之精神內涵即指：在協商沒有成本的情況下，不論法律將權利歸屬給哪一方，雙方協商的結果都可以使社會資源配置達到「有效率」（最適）的結果¹⁹⁷。如果照經濟學家的觀點，在假設沒有交易成本的狀況下，法律將權利歸屬給誰，就經濟學的關心而言，都是一樣的，因為經濟學只關心效率、財富最大化，根本不在乎財富分配的問題。

2.2.3.2 法律決定權利歸屬之迫切性 — 「法律決定交易成本的高低」¹⁹⁸

在此須留意的是，所謂「不論法律將權利歸屬給哪一方都不影響協商者在無交易成本（無交易成本表示參與協商者必可輕鬆達成共識）的情況下達到最適狀態」，並不是說法律就不必將權利規定給某一方；而是正好相反，法律正是必須對權利屬於誰做一決定，因為若無私有財產權的明確界定（明確屬於某一方），

¹⁹⁵ Coase, 同註 57, p. 15.

¹⁹⁶ 「交易成本」在 Coase 之前從未被認知到其扮演一個左右大局成敗的角色，而是「僅僅看作是『交易部門（即為市場服務的部門）為提供便於交易的勞務而付出的成本』（張乃根，經濟學分析法學，上海 1994，47 頁）。

¹⁹⁷ Coase 原文是「..最終的結果（其最大化產值）與法律的情況無關，如果定價體系的運作被假設為是不需成本的話」（同註 57, p. 8）。

¹⁹⁸ Cooter/Ulen, L & E, p. 93.

則權利的協商交易便無從開始。如前所述，「外部性」問題之所以難以解決就是因為外部效果沒有私有財產權、故沒有市場。正如張乃根教授所說的：「法律制度的目標之一就是建立清晰的權利界限，使權利能在此基礎上通過市場進行轉移及重新組合」¹⁹⁹。

前面已經詳細論述過「交易成本」的存在將阻礙人們通過自由協商交易來達成解決「外部性」的問題，導至社會資源配置達到最適結果的理想無法實現。而正因 Coase 充分了解到這個難題，因此他集中全力試圖解決「交易成本」這個障礙。而法律的功能是做權利的初始配置、即誰擁有權利，而後才可能展開協商交易；而 Coase 洞察到不同的權利配置將產生不同的協商難易度、即不同的交易成本；如蔣兆康律師所說的：「權利配置有多種可能結構，各種結構不僅都需要社會成本，而且其社會成本有差異，這就產生了權利配置的社會選擇過程和社會成本最低化問題」²⁰⁰。故法律（做權利歸屬的規定）的目的就是要透過一種權利歸屬的規定讓交易成本降到最低，即法律應以促進經濟效率為目的。如 Cooter 與 Ulen 所說：「在交易成本為零的條件下，資源的有效運用並不繫於財產權的配置。這意謂著，當交易成本不是零的時候，財產權的配置對於資源的有效運用就是極重要的」²⁰¹。在此處的例子中，如果立法者將乾淨空氣的權利規定給居民，那麼這就是一個錯誤的立法，因為這將引起綿長困難而且耗費巨大、甚至永無結果的協商；而反之如果法律規定工廠有排放廢氣的權利，則甚至根本連協商都不會發生了，因為在這種情況下居民想呼吸乾淨的空氣只有自己乖乖地掏腰包去買一套家庭用的空氣清淨設備。所以，正因為交易成本不可能不存在，所以就經濟學的觀點，法律（規定權利的歸屬）才變得非常重要，因為經濟學家希望透過權利的配置達到最能降低交易成本的結果，以促進財富最大化。

2.2.4 「權利相對化」之策略與 Coase 的「純經濟效率」單面向思維

Coase 的這種主張將導至一個結果，就是若某一方擁有權利將造成協商的困難而提高交易成本的話，那麼這一方就不應該得到權利。也就是說，法律的唯一考量就是促成經濟效率，而完全不考慮個人之間「分配正義」的問題。那麼，在這個例子中，如果居民擁有權利會造成高昂的交易成本，因而不應該讓居民享有呼吸乾淨的空氣的權利，則居民必須自掏腰包拿出三十萬才能保持身體健康。但如果這個社區剛好是貧民區、住的都是弱勢者呢？只因為若把權利判給他們會導至就效率的立場來看令人不耐煩的後果，所以他們就不配得到權利？就只好自認倒霉！而 Coase 也未探討補償的問題；況且既然是無權利，又有何資格要求補償。

但是，如果促進效率是 Coase 認為法律決定權利分配的終極標竿，則就沒有

¹⁹⁹ 張乃根，同註 61, 88 頁。

²⁰⁰ 蔣兆康，同註 59, 16 頁。

²⁰¹ Cooter/Ulen, 同註 63, p. 91.

什麼人有所謂先天的、固有的權利，因為一切都是要在各種個別情況中衡量如何配置權利才能促效率來決定誰應該獲得法律授予權利。因此 Coase 在其成名的論文 “*The Problem of Social Cost*” 一開始就反對把製造外部性效果的一方視為理所當然應被懲罰的對象，即 Coase 指出的，若是 A 所製造的污染傷害到 B，則過去人們的思考模式是問：「我們如何制止 A。但這是錯誤的；我們處理的是一個具有相互性質的問題，爲了要避免 B 被傷害將會傷害到 A，必須被決定的真正問題是：是 A 應被允許傷害 B、或 B 應被允許傷害 A。重點只在避免較嚴重的傷害」²⁰²。而 D. Friedman 也闡釋這種「共同成因」(joint causation) 的道理如下：「一個外部成本不純粹是一個人製造、而由另一個人承受的成本。在幾乎所有的情況中，外部成本的存在和數量取決於雙方的決定。如果你的煉鋼廠不排放戴奧辛，我就不會咳嗽。但如果我沒有碰巧住在下風處，你的煉鋼廠也不會傷害到我。是雙方的共同決定 — 你污染，而我住在你污染的地方 — 才會產生成本」²⁰³。「因此 Coase 的第一個論點是說，由於外部成本是由污染者和受害者共同造成的，所以將責任歸咎於某一方的法律，只有當那一方是正好是能以較低的成本避免問題發生者，才是正確的結果」²⁰⁴。

總之，Coase 並不認為製造污染者就應該是理所當然該被制止或被處罰的一方，他認為製造污染者也是爲了賺錢生活才會製造污染，因此製造污染者和被污染者的損失都要被等量齊觀，「每個當事人權益的權重 (weights) 都是一樣的」²⁰⁵。若爲了保護工廠四周的居民而處罰製造污染者，則讓工廠主人蒙受損失，難道工廠主人的痛苦就不是痛苦。所以要犧牲誰，唯一的尺度就在犧牲誰對社會造成的損失較小。而要正當化這種主張，前提是把權利相對化，即「污染」之所以存在是一種「本質上交互性」(reciprocal in nature) 的因果造成的²⁰⁶，不能只責怪噴黑煙者，而是也要問另一方：「爲什麼你偏偏就要住在會被黑煙噴到的地方」。

Coase 代表一種最典型的「純經濟」的思考方式，可以說是「在商言商」。爲了實現他的策略，他必須把權利事先完全懸置，即事先誰都沒有權利可以主張，一切要看給誰權利才能夠促成社會財富最大化則才能夠獲得權利。在這種情形下，如果失去權利（即失去金錢）者正好是原本就弱勢的一方，那他們也只好自認倒霉，因爲像 Coase 這類型的經濟學家只考慮社會財富總量最大化，而並不考慮分配正義的問題。顯然，Coase 的性格不是屬於有興趣探討價值哲學問題的經濟學家。

但是，這種思考方式和傳統上的法學家與倫理學家的思考方式可以說是南轅北轍、截然不同，因爲法學家與倫理學家傳統上從來就不會採用一種「純經濟」的單向度思考方式；面對類似這種問題時，法學家與倫理學家直覺上就會反應考

²⁰² Coase, 同註 57, p. 2.

²⁰³ Friedman, 同註 49, p. 36-37.

²⁰⁴ 同上, p. 38.

²⁰⁵ 熊秉元，天平的機械原理，台北 2002, 157 頁。

²⁰⁶ 同上 157 頁。

慮到當事人的經濟地位強弱的問題，並不會爲了高舉「效率」的大纛而將財富分配的問題一筆勾消。也就是說，「由誰付錢」對法學家與倫理學家而言，當然是一個關鍵性的問題，而其決定並不單單是取決於經濟效率的考量，而且往往不是。反之，由 Coase 的思維方式可以看出眼中只專注於效率的經濟學家的視野，及其與傳統法學家考量的本質性差異。

2.2.4.1 「純經濟效率」之思維所導至的忽略弱勢者生計的後果

茲再解析一個由 Coase 本人所舉的例子，以便更清楚地闡釋筆者在此所指出的問題²⁰⁷：

假設一塊牧地和農地互相毗鄰，當兩塊土地若沒有柵欄做分隔時，牧地上的牛會跑到接壤的農地上踏壞農作物，而當然，牧地主人若養越多頭牛，則被踏壞的農作物也越多，而且假設其破壞力隨牛的數量之增加呈現遞增的現象（也許是因爲牛越多就越喜歡結伴四處走動）。我們對牛在不同的數量下其造成的農作物損失情形統計如下表（以下所說皆以每年爲時間單位）：

牛群數	穀物每年損失	每增加一頭牛造成的損失
1	1	1
2	3	2
3	6	3
4	10	4

又假設每噸農作物的價格是一元，則如果農夫有權利讓其作物不遭受損毀，依此圖表，當牧地主人養一頭牛時應賠償農夫一元、養兩頭時共賠償農夫三元、養三頭時共賠償農夫六元、養四頭時共賠償農夫十元。但是，建築一道柵欄的成本是九元（又假設第二年起每年維修費用也是九元），所以事實上不會發生牧地主人養四頭牛而賠償農夫十元的情況發生，因爲根據上一章「機會成本」的概念可知，如果牧地主人真的打算養四頭或更多的牛，他乾脆花九元建築一道柵欄即可，而且此後，他要養四頭或更多的牛都不會越界、也不必再擔心牛會踩壞鄰地農作物。

至此，我們可以得知牧地主人的行爲方式。但是，如今牧場主人得知一項新的消息，即原來農夫種植整片農地的每年利潤（販售農作物的總收益減掉耕作及販賣時花費的總成本）是二元，則牧地主人的行爲方式必將有如下的調整：當牧地主人只想養一頭牛時（會摧毀農夫一噸、即價值一元的農作物），牧地主人會願意賠償農夫一元；但是當牧地主人想養兩頭牛時，他不會願意賠償農夫三元，而是希望說服農夫休耕，而後給農夫二元的賠償（因爲農夫即使天天努力耕種，所得也只有二元），而農夫知道如果不答應，牧地主人在養兩頭牛時必須賠償三元，因此農夫會策略性地提出賠償接近三元的要求，最後將在 $\geq 2 < 3$

²⁰⁷ 請參閱 Coase, 同註 57, p. 3.

之間的賠償金之下達成協議而農夫休耕。同理，養三頭牛時可以在 $\geq 2 < 6$ 之間的賠償金之下達成協議而農夫休耕。至於養四頭牛時，由於建築柵欄的成本是九元（假設農夫也知道這個資訊），因此農夫最高可期待要求的賠償金是逼近九元，則可以在 $\geq 2 < 9$ 之間的賠償金之下達成協議而農夫休耕。牧地主人若養比四頭更多的牛，農夫一樣可以獲得 $\geq 2 < 9$ 之間的賠償金並休耕。

我們假設農夫有權利讓其作物不遭受損毀，則農夫的命運就是如上，他獲得一筆錢可以生活，並得到休閒、遊山玩水或隨便愛做什麼就做什麼的機會。我們要問：為什麼農夫如此幸運、為什麼農夫的命這麼好？原因是他有「權利」讓其作物不遭受損毀（可見一個人命運的好壞繫於法律認為他有什麼權利，有權利別人就要拿錢來向你買，你靠此就可以過活了）。我們就假設牧地主人想養四頭牛（假設養這四頭牛牧地主人可賺一百元），而結果是他付給農夫八元五毛的補償金，外加農夫得到愉快的休閒生活。

其雙方的福利情形如下：

牧地主人	農夫
$100 \text{ 元} - 8.5 \text{ 元} = 91.5 \text{ 元}$	$8.5 \text{ 元} + \text{休閒}$

但是反過來，如果這塊農地屬於十位農夫所共有，十個人意見紛雜，極難和牧地主人達成協議，困難的協商過程將耗損資源。在這種情形下，依 Coase 的學說，法律應把權利歸給牧地主人，即其牛隻有權利到毗鄰的農地踐踏農作物，而農夫若想避免這種情形應該自行花錢設置圍欄。

在這種情形下，同樣在牧地主人養四頭牛（可賺一百元）的情形下時，農夫一定是放棄耕作而失業在家發呆。因為農夫耕作的收入也才二元，故農夫不可能花九元去圍柵欄而後耕作才回收二元。在此情況，雙方的福利情形是：

牧地主人	農夫
100 元	0 元 + （痛苦的、被迫的）「休閒」

由這個例子可知，正如 Coase 所說的，不管法律將權利判給誰，由社會總體的立場來看，財富總量都是一樣的，都是共計「一百元」加上農夫的「休閒」。

但是，權利被賦予在誰手裏，由個人命運受影響的立場來看，可就大不一樣了。如果農夫沒有權利，則其將無收入、無法生活，雖然和有權利時一樣都是賦閒「不必工作」，但這可不是愉快的休閒生活，而是被迫的、坐困愁城的、沒飯吃的「失業之休閒」。

然而 Coase 作為純效率考量經濟學家是不管「分配正義」問題的；他只由「社會整體」及「總量最大化」的立場來看世界，而不問個人之間得失損益的情況（就像有些經濟學家認為這不是屬於經濟學的問題因此沒有必要加以考慮、或者其認為「正義」問題反正只不過是意識形態、是個人信仰而已）。走投無路的十位農

夫們只能怪自己，誰叫剛好是權利若是判給他們會造成交易成本過高的結果呢，就是因此他們便不配得到權利。

2.3 新的法律經濟分析精神方向的奠定

在介紹完 Coase 的思想之後，我們可以回憶起之前所說的，Coase 的思想開啓了「新的」法律經濟分析思想，那究竟他有什麼「新的」觀念注入呢？Posner 說二十世紀 60 年代初開始的新的法律經濟分析思想首次嚐試「對不明白宣稱是在規範經濟關係的法律領域施行有系統地經濟分析」²⁰⁸；但筆者認為這較適用於 Gary. S. Becker 及 Posner 自己，因為他們的確把經濟效率分析的觀念帶到原本非經濟性的各種生活領域；至於 Coase 所探討的「外部性」問題，原本就是經濟性質的事態；就算 Coase 的思想能延伸到財產權的界定標準上，這也仍是民法的範圍。

又許多人說 Coase 開啓了法律應以促進經濟效率為目的的觀念。但是筆者認為從二十世紀上半葉那些經濟學家在探討「壟斷」的問題時，其實就是以如何透過法律介入來排除壟斷所造成的無效率為目的。光由「法律應促進效率」這一點來看，Coase 的想法也並非開創先河。

不過，若仔細探究，Coase 還是使法律應促進效率的觀念更加被突顯出來，包括在立法及司法裁判時應以促進經濟效率為圭臬，這樣的想法也帶動法律應更普遍地遵循效率原則的觀念、而終導至效率原則在一切生活領域的被追求。

然而，Coase 的重大啓發，應在以下兩點。第一，Coase 解決「外部性」的方法之精神宗旨乃是鼓吹使用市場自願交易的方式來解決問題將會比使用強制的規定更能達成效率，因為人是追求最大自利的理性動物、透過協商人們自然會鑽營到對彼此都最有利的結局；這種高舉「市場自願交易能最適地解決問題」的信念，正如在前一章的第 1.2.3.2 段落中所敘述的，對法律經濟分析學派而言是如何關鍵地主導其整個思考方式，即啓發了 Posner 等人試圖在一切原本非市場性質的法律領域中以模擬市場交易的方法來取代法律的強制規範。也充分顯示擁護自由市場功能的芝加哥學派學人的終極信念，其總傾向認為與其說是「市場失靈」，不如說其實是政府的介入干擾市場自由運作才導至的問題、即其實是「政府失靈」(government failure)。「...該受審判的不是資本主義、不是市場經濟，而是政府」²⁰⁹。正如法國經濟記者 Lepage 對 Coase 撰寫 *“The Problem of Social Cost”* 一文的出發點之評論是：「...在一個憑自由契約進行交易的制度之下，所

²⁰⁸ EAL, p. 25-26.

²⁰⁹ Lepage, 同註 21, 29 頁。用芝加哥學派的巨擘、諾貝爾獎得主 M. Friedman 的話來說就最清楚不過了，他說：「對全世界的經濟學家來說，『芝加哥』這個名詞所指的並不是一個城市，也不是一所大學，而是一個學派。...在討論經濟政策時，『芝加哥』代表的是一個相信唯有自由市場才能有效組織資源，且懷疑政府干預經濟事務的成效...」(引自 Lepage, 264 頁)。

有經濟個體彼此之間的交換所決定的資源分配即最佳的社會狀況」²¹⁰。

第二，由於 Coase 對「交易成本」問題的深入探討、並洞悉其對達成經濟效率的阻礙，他主張法律在做財產權之初始指定時，就應該將相互關連最密切、相互為用的諸權利放在同一組權利中，以免日後得到其中一個權利的人還要到設法去和他人協商購買其他密切相關的權利而必須多浪費成本及交易成本²¹¹。Coase 的這種思想也啟發 Posner 去主張：「財富最大化原則要求將權利自始賦予那些可能會最珍視它們的人，以便將交易成本降到最低」²¹²。這是 Coase 影響極大的思想。

由本章的論述，讀者應皆已完整地掌握到法律經濟分析思潮濫觴之緣由，以及 Coase 在推動此思潮上所扮演的里程碑之角色，即其所奠立的此一思潮的精神基調與觀照世界的態度。對往後的研讀，應能有所裨益。

第三章 「財富最大化」之權利理論

3.1 倫理學建構的濫觴與構思

本書的第二篇名之為「法理學篇」，包含第三及第四兩章，將針對 Posner 本人企圖為法律經濟分析建構一套倫理學基礎的努力做一反省。

原本 Posner 除了運用經濟學的人性觀（即「人追求經濟利益上最大程度之自我滿足」）來作為法律經濟分析工作的基礎之外，並沒有想到還有必要再替這個實用的分析工具建造一個倫理學基礎。但是在其「一書成名」之後，由於其鼓吹的「財富最大化」被誤以為是一種倡導「效用最大化」（maximization of utility）的功利主義，而又正好自二十世紀 70 年代初 Rawls 對功利主義發起正面攻擊後，「功利主義」這個名詞被認為是一種罔顧個人權利的集體主義而——如德國人所說的——變成一個「罵人的字眼」（Schimpfwort）²¹³，於是，Posner 為了要表明他與功利主義絕非同道，不得不提筆由「財富最大化」的價值觀中去推演建立一套倫理學體系以澄清下面諸點：

第一，鋪陳功利主義的種種弊端，而後闡述其追求「財富最大化」的價值觀正好可以避免這些弊端。

²¹⁰ 同上，14 頁。

²¹¹ 請參閱 Friedman，同註 49，p. 44-45.

²¹² EJ, p. 71.

²¹³ 有關二十世紀 70 年代起，功利主義遭受個人權利理論發起攻擊的情形，請參閱拙著《由 Nozick 的學說釐清當代「基於權利的理論」（right-based theories）推論之獨斷性》一文之緒論。

第二，Posner 解說由追求「財富最大化」的價值觀中，正可以導出一套尊重個人權利的理論。依此套理論，對於每個人原初有資格被賦予什麼權利、又依什麼原則與人進行交換，皆可被推知。而且他認為在這套倫理學體系中，將不可能像在功利主義思想中那般去犧牲無辜個人的權利、或動輒給予政府介入做財富重新分配的藉口而導致有些人可以不勞而獲、嚴重戕害公平正義。反之，由「財富最大化」哲學所導出的價值哲學最能夠鼓勵人奮發向上、要收穫就得靠自己努力耕耘，結果是造就社會整體繁榮、利己利人。

第三，Posner 認為其倫理學所極力強調的對個人自主性的尊重（即指透過自願的協議來決定交易、財物的移轉），和 Rawls 主張在「原初狀態」中的人們經協商而得出用來建立社會法制的正義原則，在某些部分有異曲同工之妙；但是 Posner 認為他的想法又更勝 Rawls 一籌。而藉此，吾人又可以探究，若依 Posner 的主張，則整個法律體系存在的基礎究竟何在的問題。

Posner 在《司法／正義的經濟學》的第三、四章做了上述的工作，這是崇尚實用主義的他非常罕見地企圖從事有系統的價值哲學建構工作；雖然 Posner 這個初步的嘗試並沒有真正成功地建立一套完整而嚴謹的體系，但卻讓他的基本信念又被彰顯得更加清楚。在本章中，就先探討上述三點中的前兩點。

3.2 對功利主義的批判

Posner 首先列出功利主義的缺點。但事實上，功利主義作為一個源遠流長、影響廣大的思想，在哲學史上被挑出來批評的缺憾以及由此而發的攻防論辯早已汗牛充棟，Posner 所指出的或探討的缺憾也只是其中的一部分而已，筆者在以下行文中將視實際需要在正文及註腳中再挑選其他要點作為補充²¹⁴。

John Stuart Mill 在其《功利主義》一書中為功利主義的宗旨做了簡短精煉的陳述：「諸行為的善與它們傾向提昇幸福的能力成正比，諸行為的惡與它們傾向產生幸福的反面成正比，『幸福』一字意指的是快樂（pleasure），即痛苦（pain）的缺乏，『不幸福』一詞指的是痛苦，即快樂的缺乏」²¹⁵。學者 Feldman 經過審慎的解析與推演，認為具有代表性的 Mill 之功利主義思想可以用下列的原則被表述：

「一個行為，只有、而且也僅僅只有在行動者所可能做的其他任何替代的行為都不會帶來更高的效用之情況下，才是正確的行為」²¹⁶。

²¹⁴ 「功利主義」（Utilitarianism）源自拉丁文 *utilitas*，英文則為 *utility*（效用、效益、功用、功效）一字，故若譯為「效用主義」、「效益主義」皆是得當的。尤其，眾所皆知，中文的「功利」一詞在日常生活中已成為「自私自利、唯利是圖」的意思，但是功利主義哲學則並沒有這個意旨。雖然有學者因此用「效益主義」來代替「功利主義」之翻譯，但畢竟「功利主義」已是通行多年的翻譯，而且其內涵眾所皆知、並不會以詞害義引發誤解，若是用「效益主義」反而令人覺得生疏，故本書仍認為沿用傳統譯法即可（請參閱 林火旺，倫理學，台北 2001，77 頁）。

²¹⁵ Fred Feldman, *Introductory Ethics*, 1978, p. 17.

²¹⁶ 同上，p. 26.

現在吾人可以開始探討 Posner 針對功利主義所發的議論。

3.2.1 功利主義效用考量之外延性

Posner 首先列出的對功利主義之第一個質疑是，對於一個行為所帶來的效用（幸福），是否也要將其帶給動物的效用計算在內。如果要把動物的快樂也計算在內，假設當人類用避孕減少人口一千人時可以養更多羊（五萬頭），且羊會活得很快樂，故而世界的幸福總量會增加，則我們就應該這麼做²¹⁷。功利主義這個看似可笑的「仁民愛物」、「民胞物與」的「博愛」，其實是有其根據的；因為稍前所引的 Mill 的陳述中正是使用帶有感官味道的“pain”與“pleasure”來界定幸福。而近代功利主義的奠基者 Jemery Bentham 曾以優美的筆調表述：「自然已經將人類置於兩個至高無上的主人之統治權下，即痛苦與快樂。我們被指示應該做什麼、以及被決定應該做什麼，都是單單為了他們的原故。一方面，正確與錯誤的標準，另一方面，因果的環鍊，都被繫於其王座上。他們在我們所做的一切事情中支配我們。...效用的原則承認這個臣服，...任何思想體系若試想質疑他們，將是從事...奇想而非理性、將陷入黑暗而非光明」²¹⁸。此外，Bentham 在評論英國人不應該從非洲抓黑人為奴隸時曾說：「有朝一日剩下來的動物將獲得諸種權利，除非是暴君的手，否則誰也不能扣留那些權利。法國人已經發現，黑色的皮膚並不能構成將一個人赤裸裸地交給施虐者隨意處置的理由。有朝一日人們會認知到有幾條腿、有無皮毛...皆非讓一個有知覺的生物陷於任人宰割的命運之充足理由。...問題重點並不是：他（牠）們能思考嗎？或他（牠）們能言語嗎？而是他（牠）們能感受到痛苦嗎」²¹⁹。這使得愛護動物而素食的澳大利亞學者 Peter Singer 得以找到理據侃侃而談人們應不應該平等對待動物？應不應該把動物當成食物²²⁰？可見，用什麼內涵去界定「效用」或「幸福」，將左右依功利主義學說對多大的生物範圍進行考察，而後對一行為的善惡做判斷²²¹。

²¹⁷ 請參閱 EJ, p. 52.

²¹⁸ 引自 Howard Davies/David Holdcroft, *Jurisprudence*, London Dublin Edinburgh 1991, p. 206.

²¹⁹ 引自 Peter Singer, *Practical Ethics*, 2. edition, Cambridge 1995, p. 56-57.

²²⁰ 請參閱 同上，第五章。

²²¹ 正因為以“pain”與“pleasure”來界定幸福，使得有人覺得功利主義的境界太低了、簡直俗不可耐、人類難道沒有精神的崇高意境可追求嗎？怎麼人會只追求感官的快樂？於是當時著名的英國文人 Thomas Carlyle 批評功利主義是「豬的學說」(doctrine of swine)（請參閱 但昭偉，重讀彌爾的效益論，台北 2002, XVIII 頁）。Mill 本人在其作品中親自陳述了功利主義所遭受的這個批評：「〔批評者〕（如他們所說的）設想〔功利主義主張〕生命沒有比快樂更高的目的，...他們認為這種學說是全然卑鄙與墮落的，只配給豬作為學說」(Feldman, 同註 3, p.30)。

而 Mill 的答辯是承認「快樂」有不同的品質 (quality) 之高下之別，換句話說，「快樂」不是只有指感官的，而是精神層面的也算，而且彼此的價值有別。他說：「這與效用原則非常相容，即承認某些種類的快樂比另外的一些快樂更可欲且更有價值。...在衡量快樂時應認為只單單取決於量〔而不考慮質〕是一種荒謬的看法」(引自 Feldman, 同註 3, 32)。而「後設倫理學」(meta-ethics) 之父 G. E. Moore 也認為，幸福不應該單純地取決於增加快感或避免苦痛；而是應把美德、知識...也包括進去；這使得 Moore 被冠上「理想的功利主義」(Ideal Utilitarianism) 之名稱（請參閱 但

反之，經濟學原本就是僅僅著眼於「人」的學問，它只關心人的問題、只關心人類的福利；即使在決定要養多少羊時，依 Posner 的主張，決定的標準只在於養多少羊就供需定律及生產資源配置的觀點下是達到人類福利最佳化的²²²。

Posner 說明功利主義及「財富最大化」在對待動物觀點上的不同，「財富最大化」只關心人，而功利主義自始就對「一切有感知能力的受造物」(the whole sentient creation) 採取一視同仁的立場²²³。但顯然 Posner 沒有能夠強而有力地解說為什麼他對待動物的立場一定就較高明可取。事實上高下之分將這取決於每個人不同的價值信念。只不過在這裡的討論中，我們又突顯了一個極重要的點，也是和以下要討論的分辨 Posner 與功利主義之不同息息相關的，即在註腳 9 中所提及的效用的比較、以及不同事物是否有客觀上效用高下之分的問題。

Posner 對功利主義提出的第二個質疑是究竟在計算效用時，是否要將行為帶給外國人及未出生者的影響也算入，而功利主義者的態度當然是肯定的，因為，如前所述，功利主義自始就對傾向所有生物平等看待，對動物都如此，何況是人。

在探討此問題前，必須澄清一個對功利主義非常流行的誤解；功利主義的原則經常被表述為：「一個行為，只有、而且也僅僅只有它是（在它和其他行為相比下）能夠帶給最多人最大幸福的行為，才是正確的行為」²²⁴。由這個原則來看，顯然人必須選擇一個行為效果能伸展到最多人身上的行為。

然而這個原則是一個流行的誤解，因為細讀 Bentham 與 Mill 的著作，我們都得不到這樣的主張。功利主義者的意旨只是說在判斷一個行為的對錯時，要對所有被這個行為影響者之幸福增減做一加總；如果有許多個行為並存，則看哪一個行為產出的幸福之總量最大，即是最可取的行為²²⁵。功利主義強調的是要把被一個行為所影響到者（人與動物）都要計算到、不可漏算，但並沒有強迫要求人必須故意去選擇一個影響力能涵蓋到最多人數（動物數）的行為；因為，由「能夠帶給最多人最大幸福」這樣要求的陳述，我們不難看出這是有邏輯上的問題的，即在此我們被要求同時必須兼顧兩個不相干的要素、即同時要最大化兩個各

昭偉 同註 9, XIII 頁)。

Mill 的辯解固然乍看之下有說服力、也讓功利主義立即掙脫了「豬的學說」之指責的困境，但是事實上是後患無窮地帶來更大的困難。因為，在前面兩章筆者已經說過了，「效用」是非常困難比較的，故許多經濟學家已避之惟恐不及，但是功利主義者不但必須設定效用的比較是可能的，而且還要設定客觀上哪一種快樂比另外一種更高級（應該得到更高的計分）。如此一來，功利主義不但認為藏在每個人心中主觀感受到的快樂可以被測出，而且還以一種「父權」(patriarchy) 的獨斷心態認定某一種事物就必然會在每個人的心中激起更高的快樂，即獨斷地替所有人們樹立一個應追求什麼、應捨棄什麼的「價值次序表」。則這將造成一種一元的、威權的社會。

²²² 請參閱 EJ, p. 48 及 76-77.

²²³ John Stuart Mill, *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government*, New York/Londen 1951, p 14.

²²⁴ Feldman, 同註 3, p. 27.

²²⁵ Davies/Holdcraft, 同註 6, p. 210。此即 Bentham 主張在判斷一個行為是否是善時，要考量的眾多因素中的“extent”這個因素，他指的即是要將一切被該行為影響者之利益增減都加以計算並得出總和。也正如學者 Davies 與 Holdcraft 說的：「正確的行為即是那些有傾向能提昇其利益受到那行為影響的一切人之幸福的行為」(p. 210)。又由於如前所述，功利主義一開始皆用“pain”與“pleasure”來界定幸福，因此甚至連受到影響的動物都被計算在內。

自獨立的項目（「人數盡量多」及「幸福的總量盡量大」），但這兩個項目之最大化卻不是必然相輔相成的；在某些情況下的確要設法最大化受影響的人數方能最大化幸福的總量，但是有時候並不是這樣²²⁶。所以，我們頂多只能說，如果一個行為能藉著擴大其影響到的人數才能夠最大化其效用總值時，我們應該選擇這個行為；反之，如果擴大其影響到的人數並不會導至效用總值最大化的結果，則我們並無必要盲目去擴張行為能影響的人數²²⁷。

再回頭談論功利主義者贊成將未出生者及外國人也列入行為的考量之問題，如前所述，贊成的理由是功利主義者對凡是只要能感受到快樂與痛苦的生物本來就抱著一視同仁的態度。但由上述可知，功利主義也不是主張在行動之前一定要故意選擇一個能將影響力擴張到最多的未出生者及外國人身上的行為，除非一個行為藉著影響越多未出生者及外國人才能夠增加其效用時，我們才應該這麼做²²⁸。

Posner 在回答是否要考慮外國人及未出生者時，顯然站在一個和傳統的倫理學截然不同的角度在思考問題；Posner 並不是在問「我們除了考量一個行為對本國已經正在生存的人所造成的影響之外，是不是也要顧念該行為對外國人及未出

²²⁶ 請參閱 Feldman, 同註 3, p. 27, 以及 林火旺, 同註 2, 96 頁。

²²⁷ Bentham 與 Mill 追求的皆是「幸福最大化原則」(the Greatest Happiness Principle)，即只強調「總量」最大，並未對人數、也未對哪些特定的人有所表示。

至於主張要能夠帶給「最多人」「最大幸福」兩者兼顧的行為之這種措詞，是十八世紀蘇格蘭哲學家 Francis Hutcheson (1694-1746) 所說的（請參閱 Frederick Copleston S. J., *A History of Philosophy*, Vol. 8. p 20, 及 但昭偉 同註 9, IX 頁）。另外，義大利古典刑法學大師 Cesare Beccaria (1738-1794) 也說出“the greatest happiness of the greatest number”這樣的公式，的確曾一度為 Bentham 所採用，但 Bentham 後來加以放棄，並修改為“the greatest happiness”一項標準而已。（請參閱 Günther Patzig, *Ethik ohne Metaphysik* 2. Aufl., Göttingen 1983, p. 137）。

²²⁸ 也許有人會問，我們怎麼去估算現今的行為對未出生者或我們看不見的外國人的影響？在此，的確又揭露了一個功利主義哲學的難題，即既然功利主義是要以行為的結果來判斷行為是否為善，但是「結果」要如何認定卻是一個無解的難題。是要算這個行為當下的結果，或是延伸到十年、百年後的結果呢？很可能一個工人隨手丟了一根釘子，在三十年後生鏽的釘子被人踩到而導至該人引發感染死亡；一個人隨手丟了煙頭引發森林大火，飛鳥受到驚嚇飛起而撞進飛機引擎造成失事而導至數百人死亡；我今日的行為在一百年後也可能對生活在南非的某人發生影響（請參閱林火旺，同註 2, 80-81 頁）。如林火旺教授所說：「...因果系列的複雜和不可知，使我們對一個行為結果的計算，只能在人類目前知識所能及的部分考慮，事實上這也造成效益主義〔即功利主義〕在實踐層面上，面臨無法解決的困難和挑戰，因為『結果』是效益主義道德判斷的核心指標，如果效益主義不能告訴我們所謂『行為的結果』是指什麼時候的結果？...效益主義如何指引我們的行為」（80-81 頁）？

在現代 Luhmann 的系統理論提出後，行為因果的複雜性將使得對行為結果的評估更不可能；任何一個個別現象的發生都是受到無數事件因緣匯集作用而生，這種學說「導至人們把個別的現象加以網絡化 (Vernetzung)」(Georg Kneer/Armin Nassehi, *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme* 2. Aufl., München 1994, p. 19)。而自然科學的「亂理論」(Chaos Theory)、或稱為「混沌學」之名言「一隻蝴蝶在我家花園鼓動翅膀，在幾千公里外的美國引起了颶風；我在書房裡打個噴嚏，在印度引起了海嘯」，可以為此作註。依此理論，人人的行為都將造成「牽一髮而動全身」的結果，但每一個行為都有待於其它千千萬萬偶然的因子共同作用（依 Luhmann 的學說還要加上受作用者面對施加作用諸因子時自行組織的反應），因此行為與結果難謂存在著「直線式的因果關係」(Kneer/Nassehi, p. 22)。若是由這些因果在時間序列中將無窮延續下去來看，每個行為免不了會影響到外國人及未出生者。但是，我們卻又無法計算此影響所及的結果，因為我們無法看清、也無法看盡這個因果經驗的系列。行為的結果是無法預見的。

生者所產生或將產生的影響」；而是在問「如何對待外國人及未出生者才不會對已出生的本國人所組成的社會帶來財富上的傷害」。Posner 的問題和倫理學不是屬於同一層次的、而且根本不算是倫理學的問題；而他的回答正是站在自私地保護現有的（國家）經濟體的立場上。對於外國人，他認為：「至於外國人，一個允許自由移入、但不對移入者給予公共支持的政策，將能確保只有能造成財富最大化的移民會發生」²²⁹。也就是說在政策上不要給予移入的人口財政上的支援，移民休想花這個國家的錢，如果他們要來，就請自己帶錢來花、或有能貢獻專長在我們的社會中其有把握可以找到工作謀生；至於那些什麼都不會、來了只會拖垮我國財政的，因為我們不提供救濟，他們一定不敢跑來（餓死）。又對於未出生人口，Posner 的立場也一樣，他認為在我們考慮生育政策時，重點是讓新增加的人口不要加重我們現有人口的負擔，故考量的重點是「去計算新增加的人口是否在經濟上能自我支持」²³⁰，「...是否新增加的人口帶來的生產超過其社會成本」²³¹。這是不折不扣的個體經濟學上邊際收益等於邊際成本的思考模式的推導。

Posner 在談的是一個既有的國家經濟體要如何制訂外國人及生育政策才不會傷害其國家財富並反而增加財富。因此倫理學家談東，他忽然談到西去了，根本不是在談同一件事情。Posner 本身對此問題的回答並不具備什麼哲學上的意義，但是藉著剛才我們探討功利主義對這個問題的主張，卻又更進一步逼出功利主義哲學最關鍵性、最具倫理學意義的缺陷；我們將隨即加以探討。

3.2.1.1 釐清功利主義之效用計算標準

Posner 也提及了一個功利主義最常被質疑的問題，如果一個窮國家有一億人，每人有 300 分的快樂，如果人口減少一半，則每個人的快樂程度會增加到 605 分，則我們究竟要追求哪一種情形²³²？這個問題筆者在上一個段落已經提出解答了，這就是「到底是要追求『人數盡量多』或『幸福的總量盡量大』」的問題。筆者已說明，功利主義主張的只是「幸福的總量最大」而已，至於「兼顧」只是對功利主義的一個流行的誤解、而且在邏輯上有有問題；所以這個問題的答案是很明白了。

總而言之，功利主義計算的方式是：把一切被某行動影響者所增加的快樂或痛苦相加，看看其總和是多少。再比較不同的行動產生的不同的和，而數值最大的就是最好的行動。在此只管「幸福的總量」。

至此，我們可以歸結得說：功利主義「不管誰感覺到一個行為所產出的快樂與痛苦。道德上正確的行為之唯一判準...即效用之總量....」²³³。

但是功利主義這種主張卻種下了其致命性的缺失。因為如果只有「總量」

²²⁹ EJ, p. 78.

²³⁰ 同上，77.

²³¹ 同上，77.

²³² 請參閱 同上 p. 53.

²³³ Feldman, 同註 3, p. 28.

是重要的，而「誰得到」並不重要，那麼如果一個物品分配給我會比分配給另一個人帶來更大的幸福，則就應該分配給我；同理，如果分配給別人比分配給我會帶來更大的幸福，則我也必須慷慨樂意犧牲、認為該物品應為別人所得。由此，功利主義者必須抱持一種完全大公無私的心，甚至經常要做「利他主義」（altruism）的自我犧牲；但是，當必須犧牲他人才能替所有受影響者帶來最大幸福時，我也會逼著別人去為大家犧牲。故 Mill 說：「功利主義要求行為者對自己和別人的幸福嚴格地無偏私待，如同一個不關心一己利害的、仁慈的旁觀者」²³⁴。Davies 與 Holdcroft 也說：「我們必須考慮其利益受到影響的每一個人。沒有任何人被忽略...。這個原則...具有一種強烈的反歧視的傾向（anti-discriminatory tendency），因為許多歧視性的主張皆是由把其他人的利益排除於考慮之外所造成的」²³⁵。Copleston 則說道，功利主義「以一種不受利益罣礙（disinterested）的精神尋求共同的善（common good）」²³⁶。

功利主義者眼中只有追求最大量的幸福（但不管是哪一個或哪一些特定的人得到），當犧牲我自己才能夠達到此目的時，我毫不猶豫地去犧牲；當犧牲別人方能達到此目的時，我叫別人趕快去犧牲。而且，如果只有「幸福的總量」才是重要的、而人數不重要，則如果讓百分之九十的人口的幸福減少一半，而這能使其他百分之十的人口的幸福增加二十倍，則幸福的總量仍是大大增加的、這個行為也是善的；那麼如果一整個社群犧牲一個人的幸福能讓整個社群數萬人的幸福增加，那這更毫無疑問是正確的行爲了；例如當一個天災來臨，只有犧牲一位力氣最大的村民做某事才能夠救全村人的生命，則依功利主義，該村最有力氣者應該為大家犧牲。總而言之，不管是誰或哪一群人，只要犧牲他或他們可以得到增加幸福總量的結果，那個人或那些人就應該被犧牲。

3.2.2 功利主義忽略個人權利之致命缺陷

顯然，功利主義有一個內在的、致命性嚴重的理論缺陷，即它沒有能夠保障個人權利不因爲他人的利益而被犧牲掉，即 Rawls 所說的：「功利主義沒有認真地看待人們之間的差異性（distinction）」²³⁷。所謂人的「差異性」、「獨異性」或「區隔性」（separateness）即個人不可因爲任何外在原因而被犧牲掉、被屈從於群體目的而被忽略掉的尊嚴與願望。固然團體有其目的，團體的目的也不是說不重要，但我個人亦有我生存發展的希冀，個人固然要爲團體做出犧牲，但總不能叫我爲了團體做出漫無限度地犧牲。Posner 也指出功利主義這種會導至「犧牲無辜的個人」之主張是一種「道德上可怕」（moral monstrosity）的學說²³⁸。

²³⁴ Mill, 同註 11, p. 21.

²³⁵ Davies/Holdcraft, 同註 6, p. 212.

²³⁶ Copleston, 同註 15, p. 30.

²³⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts) 1971, p. 27.

²³⁸ EJ, p. 56.

功利主義這個致命的缺陷，在二十世紀 70 年代遭受 Rawls 攻擊，隨後 Nozick 及 Dworkin 同樣建構個人權利理論大加撻伐之後，縱橫西方倫理學近兩百年的功利主義剎那之間被打得窮於招架、兵敗如山倒。雖然有一些功利主義的忠心擁護者以「個人權利只不過是意識形態、個人信仰的幻想」、以及「太過強調個人權利則社會整體的發展建設根本就將動彈不得」這兩類的理由反唇相譏²³⁹，然而這實在只是功利主義者無計可施下逃避問題、逃避窘境的做法；平心而論，功利主義者對無法安置個人權利的問題的確沒有辦法解決、沒辦法提出個交代，即功利主義者面對 Rawls 之輩的攻擊仍是束手無策的²⁴⁰。

3.2.3 效用量化的困難

²³⁹ 如 Hart 所指出，Nozick 和 Dworkin 兩人同樣由個人權利出發，但卻分屬不同陣營，一為「保守主義的右派」(Conservative Right)，另一為「自由派之左翼」(Liberal Left)。為什麼同樣高舉「個人權利」，但結論卻南轅北轍 (Herbert L. A. Hart, *Between Utility and Rights*, in: Ronald Dworkin and *Contemporary Jurisprudence*, (ed. by Marshall Cohen), Totowa (New Jersey) 1984, p. p.214,217)？這不禁讓人懷疑其主張「個人有哪些權利」根本是隨哲學家個人的信仰而發的武斷而已？「Nozick 是由個人天生普遍的自由權出發，無人（包括政府）可以干涉、侵犯；故推到唯一有正當性的國家只能是『最小國家』。反之 Dworkin 卻否認人有普遍的自由權，他認為『自由權』的觀念是『荒謬的』(absurd)，而他認為人有的權利是要求得到『相同的關心與尊重』(right to equal concern and respect)；即他認為先要實現『平等』，而後才看一個平等能被確保的社會中，這種社會的政治經濟制度下還能容許個人有多大的自由空間。但是什麼叫作『平等』呢？其實 Nozick、甚至是功利主義者也認為其學說是平等的；就語言分析而言、或如 Kelsen 所說的，『平等對待』這種話只是『空的公式』，重點是理論家要說出其所主張的『平等』之特殊的意義是什麼、以及他有沒有辦法證立之。而 Dworkin 所理解的『相同的關心與尊重』是什麼呢？他認為『平等』並非是指例如『每個人都按人頭繳一樣多的稅』、或『一人投一票』。他主張的平等是要國家透過干涉、限制契約自由、再分配，讓弱勢者得到足以『有相同尊嚴』的生活」(引自林立《由 Nozick 的學說釐清當代「基於權利的理論」(right-based theories)推論之獨斷性》第 5.1 段)。顯然，講究「個人權利」的哲學家們是隨心所欲、各自發揮，完全不必證立自己主張的基礎何在。故 Hart 批評道：「這新的信仰已被用多種的形式呈現出來，雖然顯得光彩奪目，但卻沒有說服力」(Between Utility and Rights, p. 214)。

²⁴⁰ 在倫理學界，「個人權利」與「公眾利益」兩派的擁護者形同水火、各執一詞互相攻擊而無法調合的情形是讓筆者深感不解的，因為其實二者在理論上能得出一個折衷並不困難，為什麼這些哲學家都沒有想到呢？因為德國的法學界，至少在抽象原則的層面上，早已為這個問題找到了解決的門徑。

德國憲法學界以提出基本人權「(絕對不可侵犯的)核心」(即最根本的人性尊嚴)的概念來解決這個問題。「也就是說，國家固然可以立法限制基本人權，但是有一些「核心」的人權，是國家或一個團體在任何情況下也不能加以設限或侵犯的；這個想法，在德國憲法(基本法)第十九條第二項已明訂出來：『沒有任何一種情況可允許基本權的本質內涵遭受侵犯』。這個憲法條文規定對基本人權設限的界限，即不可以傷及基本人權的本質內容，故被學界稱為『限制的制限』(Schranken-schranken)；這是要防止國家為了公益之名，憑立法的手段便可漫無邊際地限制基本人權，即防止基本人權完全落入立法者的支配之下。現在，我們再來看代表許多對抗功利主義的人權熱切擁護者的 Rawls 之名言：『每個人都有一種立基於正義的不可被侵犯性，甚至整個社會的福祉也不能揚棄這種不可被侵犯性』(Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge [Massachusetts] 1971, p. 3)。Rawls 這句聽起來崇高無比的話固然是正確的，但是，我們不要以為所有個人權利都屬於絕對不可被侵犯的範圍。若是說一切個人權利全部都不受公益考量的限制，那只是幻想，何況，如前所述，『公益』有時正是指『他人的人權』。但另一方面，功利主義者顯然也沒有理解到的確是有基本人權『不可被侵犯的核心』；...當然，哪些是基本人權『絕對不可被侵犯的核心』，是一個學界爭議不休、討論的文章早已汗牛充棟的難題，而且有待個案判斷；但在一般狀態下，例如生命、身體健康及完整、貞操、婚姻...，應屬於個人無論如何也不能因公益而被強制要求犧牲的核心人權」(林立，論「法律原則」的可爭議性及為「柔性的法價值秩序」辯護，原載於：清華法學 第一卷 2002 第一期，76-108 頁；83 頁)

功利主義另一個大問題就是效用計算的問題，這個問題老早就被絕大多數的經濟學家宣判為不可能，但是功利主義則基於其學說內在的結構必須堅持此為可能；但這種樂觀實在是難以令人信服。功利主義者必須堅持一切的、在不同人心中被感受幸福與痛苦都是可以量化，「不只善和惡可以量化，而且善和惡可以互相評比、相互抵消，否則除非一個行為的結果全是善的或全是惡的，我們無法計算效益的最大化」²⁴¹。

Posner 自然對效用的可計算性也持否定的看法，他說：「並沒有一種可靠的技術去衡量一個個人相對於另外一個個人的滿足水平之變化下其滿足水平之變化」²⁴²。由於 Posner 認為效用的計算與人際間的比較都是不可能的，這也是他寧可捨棄效用而採取具體可計算的金錢財富作為衡量行為善惡的標準之理由。他說的很清楚：「對效用進行人際之間的比較是一件讓現代的經濟學家感到厭惡的議題，而他們的厭惡是很有道理的，因為沒有可供進行比較的衡量標準。但在經濟學的意義上，進行價值（“value” [指市場上能創造的實際成交價錢]）在人際間的比較是可行的」²⁴³。

3.2.4 個別行為與種類行為之差別結果

功利主義的另一個缺失是見諸於區分所謂的「行為功利主義」（Act Utilitarianism）與「規則功利主義」（Rule Utilitarianism）的目的中。所謂「行為功利主義」就是要求每一個個別的行為的結果皆要符合功利主義原則，但是這在有些時候將造成奇怪的結論，例如一個鎮長知道將發生一個暴動而且會有數百人被殺死，如果鎮長誣陷一個無辜的人作為可以避免暴動的發生，則似乎鎮長應該這麼做²⁴⁴。又如果一個人若是不繳稅，其省下來的錢正好可以救活其門口一位可能即將病死的乞丐，則他似乎也應該不繳稅，因為少了他一個人的稅似乎不會對社會造成影響，但是卻可以救活一條人命²⁴⁵。

為了解決這種難題，「規則功利主義」便應運而生，其要問的並不是「當下這個行為會產生什麼結果」，而是「如果每個人都這麼做會有什麼結果」²⁴⁶。一個人逃稅也許對社會的損害不大，但若是人人都逃稅則負面的結果將大於病死一個乞丐；人人知道自己隨時活在有被誣陷的危險中時，其可能造成的人之行為模式將對社會產生更加負面的結果。因此逃稅或誣陷依照「規則功利主義」都是不該做的行為。Posner 曾針對「行為功利主義」的弊端援引一個其他學者舉過的例

²⁴¹ 林火旺，同註 2，80 頁。

²⁴² EJ, p. 54.

²⁴³ 同上，p. 79.

²⁴⁴ 請參閱 Davies/Holdcroft，同註 6，p. 219.

²⁴⁵ 請參閱 林火旺，同註 2，89 頁。

²⁴⁶ 請參閱 同上 83 頁。

子來攻擊功利主義，即某人以無痛且不為人知的手法謀殺了年老且病痛〔最好說是已經失去知覺〕的祖父，結果其子孫脫離沉重負擔又得到一筆遺產，則依功利主義，這是正確的行爲²⁴⁷。事實上這個問題可以用「規則功利主義」加以解決，因此 Posner 在此的批評是太輕率、且惡意扭曲了。

然而，「規則功利主義」也一樣有其缺陷，例如，如果「不可以說謊」是一個規則（因為誠實會比說謊就總體而言產生較好結果），則當希特勒的禁衛軍在追殺一個猶太人，而我知道他躲在何處時，若禁衛軍問我，我應該誠實告之。

顯然因為各種行爲的準則在不同的個案中有產生衝突的可能性，這一人世間多樣複雜的特性，使得功利主義又多了一個內在上難以克服的理論困難。

在上述被指出來的功利主義之缺點中，筆者在此先整理臚列出 Posner 最在意、並即將批判的缺陷；Posner 也將藉此批判建立自己的權利理論來與功利主義相對照，並試圖證明自己理論比功利主義更合理、更優越。

3.2.5 Posner 所矚目的功利主義之弊病

在 Posner 作為一個市場經濟自願交易制度的堅定捍衛者之眼中，最引他注目、也是讓他最不能忍受、最深惡痛絕的功利主義之缺點，筆者將之歸結為以下幾點：

1. 功利主義者以「效用」的最大化為依歸，也就是說以個人主觀幸福的感覺為獲得「權利」（有資格要求得到某事物）的終極基礎，這將造成分配不是依勞力為基礎、不是以各憑本事為基礎、不以自由協議而雙方皆可獲利（即市場機制）為基礎。例如，我的弟弟種樹而收成一顆蘋果，而只因為恰巧我主觀的口味比弟弟更愛吃蘋果，即蘋果讓我吃將比給弟弟吃可產生更大的幸福感，於是單憑這種偶然，我就擁有獲得蘋果的權利，弟弟就應該把蘋果讓給我。固然我吃了蘋果很快樂，但弟弟卻要無法獲得任何快樂，弟弟的自由意志、個人權利完全被抹煞。反之，「財富最大化」哲學強調「自願交易」、尊重每一人的意願，而且雙方自願的交易一定是讓雙方都獲得快樂的，你一定覺得合算才會來買我的蘋果，我自願答應把蘋果賣給你，一定是我也覺得這對我有利。

2. 功利主義者把權利立基於個人主觀感覺之上，使得人單憑此就有權利要求得到財物的分配，結果造成國家大力介入從事分配，輕忽市場機能、造成不勞而獲。反之，「財富最大化」的哲學強調自行努力，想獲得財物只有靠自己先努力賺錢，然後到市場上與他人協議去購買；而不能主張「你家裡的某樣東西如果換成是我擁有會帶來更大的滿足感，所以這東西就應該變成是屬於我的」；因為如果是這樣，偷竊都有可能是正當的²⁴⁸。

²⁴⁷ 請參閱 EJ, p. 57.

²⁴⁸ 正是為了突顯功利主義的荒謬性，Posner 舉了一個功利主義將導至合理化偷竊的例子（請參閱 EJ, 63），但其例子的考慮似乎有所疏漏，筆者略加修正如下：假設一幅名畫的市場價值是一

3. 功利主義固執於效用的可計算性，事實上這是不可能的。而對於幸福滿足的感覺難以計算的問題，「財富最大化」的哲學採用兩種對策來克服：第一，如稍前所述，以「價值」（市場上實際能成交的價錢）代替「效用」為度量的單位；第二，如本書第一章闡述過的，Posner 企圖將一切人際往來化為自願交易的關係，如此一來，雙方的效用（滿足感）必然增加、必然得到「帕累托改善」，就不必很在意地想要去計算效用及進行人際間效用得失的相加了。

3.3 由批判功利主義戰闡明「財富最大化」價值觀之優點

3.3.1 主觀滿足感作為請求權基礎之不當性

Posner 在指出功利主義的種種弊端之後，也開始陳述其「財富最大化」學說的種種優點；筆者將接續上面 Posner 批判功利主義的議題，陳述「財富最大化」學說最重要的優點²⁴⁹。

萬元，而且對名畫的主人而言其主觀認定的價值也是一萬元。而社會上對偷竊這樣一幅名畫所加諸的刑罰的痛苦是一萬五千元（Posner 假設幸福或痛苦都能換算成金錢來計算，這樣也才方便論述（請參閱 EJ, p. 61）。雖然如此，某個身無分文卻酷愛鑑賞名畫的賊認為偷這名畫回家看一眼的快樂程度就值五萬元，於是比賊還是毫不猶豫地下手偷了這幅名畫，這表示他不在乎承受支付這一萬五千元的代價（雖然並不是用金錢支付，而是用心甘情願坐監），因為這畫的效用對這賊而言遠超過一萬五千元。不管這賊有沒有被逮捕，若依功利主義的原則，此一偷竊可加大社會「效用」總量，有何不可呢。因為若沒被逮捕，社會滿足的總量是竊賊得到至少五萬元的滿足再減去主人失去一萬元的滿足；若被逮捕而名畫物歸原主且竊賊受刑，竊賊仍有三萬五千元程度的滿足；都比沒有偷竊之前社會的幸福總量要增加。故 Posner 認為功利主義會導至允許偷竊的荒謬後果。反之，Posner 認為他的「財富最大化」原則主張物品的交換只有透過自由協商交易，即實際拿錢出來買，故不允許偷竊。

Posner 舉這個例子，是要再次突顯功利主義只憑個人主觀對一件事物的滿足感就能作為權利的基礎所將導至的極度荒謬後果。Posner 這種批評，是有其深意及道理的，的確，功利主義會產生這類的問題，但是，是不是會嚴重到正當化偷竊行為呢？Posner 在此似乎有些誇張、扭曲；因為在此種例子中，功利主義並非沒有回應的對策，功利主義可以用「規則功利主義」來否定偷竊的正當性，即：如果人人都可因為這種理由而偷，整體而言將導至對社會效用產生嚴重減損的結果。Posner 認為，依其「財富最大化」的哲學，就不會允許偷竊；例如某森林主人擁有極佳的製造小提琴的林木，這些林木價值一億元（即市場上的確有人願意出價一億元購買這片林木）。而某位製琴的巧匠估算過，如果他擁有這些林木製成名琴賣給演奏家們，其總收益扣除其機會成本，仍是正數（有經濟利潤）。因此，這位製琴的師傅自然願意出一億元來購買林木。而這個交易將增加社會財富。製琴師傅一定是算過購買林木是有利可圖的，而原來的林木主人以一億元出售也是高興的，雙方都獲利。如果，買林木去製造小提琴對製琴師傅只有小於一億元的價值（即製琴師傅製成小提琴賣給演奏家們，其總收益扣除原料及其它的機會成本，結果是負數），則製琴的師傅就不會去購買，頂多只會去偷。而如果偷成功了，社會財富是減少的，因為林木主人損失了價值一億元的林木，而林木在製琴的師傅手中卻只有小於一億元的價值，所以除非製琴師傅用偷的（可省下原料這一部分的成本），否則他無利可圖。但是在這種情形下，偷竊只是讓竊賊本身獲利，卻減少了社會財富總量，所以不符合「財富最大化」哲學的原則。

由此可知，強調自願交易、「價值」增大的「財富最大化」哲學，不會正當化偷竊，而且很尊重個人意願，故優於功利主義。

²⁴⁹ Posner 還陳述了其「財富最大化」倫理學的其他兩個優點，但是其論述並不夠嚴謹精緻，故僅在此註腳中提及。例如他表示「財富最大化」的價值觀蘊含了其它種種高尚的德行，因為「財

如前所述 Posner 指出「功利主義..看起來把大大重要的權利立基在一個並不比『什麼東西會促進幸福』的經驗感覺更為堅固的基礎上」²⁵⁰。依功利主義，只因爲某事物在我心中引起的滿足感較大，則我就有權利要求獲得；例如某市政府有一筆錢考慮想蓋歌劇院或游泳池，而市民之中有三百位歌劇迷，他們都是超級癡狂的愛樂者，由歌劇院得到的滿足感總量會大於其他一萬名市民擁有此游泳池所帶來的滿足感，因此歌劇迷有權要求政府興建歌劇院，而另外一萬名市民對歌劇毫無興趣、根本不屑一聽，但他們必須眼睜睜看著歌劇院被興建起來，而他們卻得不到游泳池。Posner 對此痛加批評功利主義認爲對一件事物的「『請求權』... (claim) 都基於感官 — 即感受快樂的能力 — 而那對其他的人來說也許一文不值」²⁵¹。

總而言之，Posner 強調：「一個人比另一個人有更大的能力感受快樂的這個事實，並不能成爲將第二人的財富強制轉讓給第一人的好理由」²⁵²。此外，如果社會上的窮人因爲自己要去對富人的舒適生活產生嫉妒而內心痛苦不已、並以此爲理由要求政府介入把富人的錢（藉由稅收及福利措施）分一些給窮人而讓社會的「幸福感總量」增加以符合功利主義的要求（因爲富人喪失一點錢只有輕微的痛苦，但窮人得到一點錢可增加大量的快樂），Posner 是嚴峻拒絕這種措施的，而他的「財富最大化」哲學也沒有允許這種措施的可能性。他說：「嫉妒這個問

富最大化」意謂著對市場經濟的宗奉，故市場經濟要運作成功的一切先決條件諸如誠信、審慎、甚至連 Max Weber 所說的基督教 Calvin 教派的勤奮、禁欲...等等美德都自然會是「財富最大化」倫理學鼓吹的德性（請參閱 EJ, p. 67-69）。

筆者認爲 Posner 這種自賣自誇的論述像是在談天時輕浮的玩笑話，顯缺乏哲學的深度與學術思辨的價值，因爲任何學說如功利主義或 Rawls 的學說都可以穿鑿附會隨便說自己的倫理學蘊含了某些高貴的情操（例如功利主義者可以說其鼓吹一種「捨己爲人」的高尚情操）；而事實上也許其同樣可被挑出不少卑下的情操。其實，在 Posner 對功利主義做了上述許多激烈的批評後，功利主義也可以反駁說「鑑於不基於自由協商交易的財物轉移終將爲社會帶來幸福減低的後果，所以功利主義也和古典自由主義一樣完全贊成市場制度及實施市場經濟的一切美德、並堅決反對任何人只憑著對某物有較高的偏好就有權利獲得某物」！顯然，功利主義可隨心所欲地變形，可以爲任何主張辯護而毫無困難地自我調整、自圓其說；而就功利主義的歷史來看，的確也是這樣的：「早期的效益論〔功利主義〕也支持完全的自由市場經濟，但後期的效益論支持者對政府的介入並不排除。福利經濟學的發展，在基本上也反映了效益論」（但昭偉 同註 9, VII 頁）。

而 Posner 認爲「財富最大化」倫理學的另一個優點是它使得法律成爲一個能「改變激勵因素的體系」。他說：「就一個經濟學或財富最大化的觀點而言，法律的基本功能就是改變諸誘因。這意謂著不命令那些不可能被實現的事，一個不可能被實現的命令將不會改變人們的行爲」（EJ, p. 75）。筆者認爲以任何價值觀爲基礎的法律體系都是希望要實現這個價值觀所欲的生活秩序，這一點似乎和「財富最大化」的價值觀沒有任何不同。不過，的確，法律經濟分析學派基於經濟學方法的訓練（「實證經濟分析」）特別重視法律所追求的理想是否真的能被實現出來；而過去缺乏經濟學方法訓練的傳統法學家所制訂的法律往往是窒礙難行或得到與立法目的適得其反的結果（即筆者在本書「導論」中 0.2.1 段落中所陳述的）。是故，作爲一名實用主義者的 Posner 特別將此列爲法律經濟分析思想的一大優點，「理論上」是有其道理的。但是「事實上」則未必，因爲「實證經濟分析」其實在很多情況下是陷入高度複雜、無盡且無限的資料中，根本窒礙難行、無以分析，甚至讓經濟學家假「實證」之名，其實是摻入個人主觀的評價，遂行一己之私。這一點，筆者在本書中多次加以指出。

²⁵⁰ EJ, p. 56.

²⁵¹ 同上 p. 66.

²⁵² EAL, p. 13.

題更進一步地闡明了功利主義及財富最大化在道德上的差異。在一個嫉妒是廣佈且劇烈的社會中，要獲得最大化的幸福或許需要政府採取激烈的收入齊一化政策，甚至這會導至社會總體財富的縮小。但是，在一個致力於財富最大化的社會中，嫉妒不能提供公權力干涉的理由。沒有理由去主張把財富從被嫉妒者身上轉到嫉妒者身上的重新分配是為了校正市場失靈所必須的」²⁵³。

Posner 至此是要極力展示功利主義把請求權的基礎放在個人主觀快感之上所導出的種種荒謬絕倫的結論，即其可能可以正當化偷竊（如果僅就「行為功利主義」的理論來看）、也可以只因為我對別人所擁有的財物懷有強烈的嫉妒心就有權力要求別人應該把他擁有的物品送給我；而這一切，都是非常不尊重個人權利的（他人的人格發展權、財產權）。故 Posner 歸結道：功利主義將會「為容忍由情感強烈、貪婪之徒對冷靜及節儉的人施加犯罪行為的道路被開啓」²⁵⁴。而他宣示：「經濟學家絕對不會認為僅僅為了全人類整體幸福的增加而應該允許〔比富人更愛吃魚子醬的〕我從富人之處盜取能供我享受的魚子醬」²⁵⁵。

3.3.2 「財富最大化」倫理學之生產性

反之，如果倫理道德的標準是「財富最大化」而非奠基於主觀滿足感的「效用」的話，那麼要促進「財富」的增加，原則上只有透過雙方自願的交易²⁵⁶。只有自由交易才能夠增加「價值」，否則若依功利主義的原則由政府強行介入做財物的分配，頂多可以增加「效用」（因為財物被分配到擁有它們會產生較大快感的人們的手中了），但卻不會增大社會的財富。再者，若就宏觀經濟學的觀點來看，例如我們選擇以「國內生產毛額」（GDP; Gross Domestic Product）來計算一國的總收入，就知道社會整體財富的創造是脫不開生產（勞務的提供或生產商品求售）與市場交易的，因為 GDP 的意義即「一國境內的人民在某一單位時間中，所生產的所有最終商品與勞務的市場價值」²⁵⁷。功利主義若不談動手從事新的生產及拿去市場上交易，而僅僅懂得主張既有財物的移轉，則在經濟學上形同整個社會沒有收入的增加，更不用說什麼追求財富最大化了。

況且，短視地看，功利主義雖然藉著重新分配財物在當下可能增加「效用」，但長期來看，卻是會演變出大災難，因為它粗暴地侵犯人權、鼓勵不勞而獲，只憑人們對某物品的喜好感覺之強弱不同，一個人就有權利獲得該物、或莫名其妙地應被剝奪其擁有的該物；如此長遠下去，這個社會不可能是勤奮、相互合作、

²⁵³ EJ, p. 82-83. 依 Posner 的主張，唯一允許政府介入的條件只有在「市場失靈」（market failure）時。

²⁵⁴ PJ, p. 357.

²⁵⁵ EAL, p. 286.

²⁵⁶ Posner 以「價值」（實際出價並有能力依此出價購買）來衡量財富，而其對財富的增加之特定看法本書已經解釋過了，請參閱第一章註腳 73。如第一章註腳 73 已解釋過的，Posner 這種財富增大的衡量法與純粹用貨幣數量來觀察的角度不同。

²⁵⁷ 霍德明等著，經濟學概論，台北 2002，286-287 頁。

相互尊重的社會，而社會必然日趨貧窮衰敗，那就談不上有多少「滿足感」了。

而在宗奉「財富最大化」為倫理圭臬的社會中，想獲得什麼財物，一定得拿某種貢獻（提供勞務或貨物或金錢）、經過自由協議來換取，每個人的意志、自主性都被完全尊重，沒有任何我所擁有的財物會不經過我的同意、或是會在沒有人提供我能滿意接受的交換條件下被強行取走；如 Posner 所言：「財富最大化是一種生產力和社會合作的倫理。你若想要對社會物品和服務擁有享用的權利，你就必須能夠提供某些讓他人也珍愛的東西。反之，功利主義...是一種享樂主義的、非社會的倫理。並且比起純粹功利主義的倫理，一個注重生產力和合作的倫理也與我們社會中佔主導地位的各個團體的價值觀相吻合」²⁵⁸。

「財富最大化」蘊涵了許多的內容：以自由協議為基礎的交易為交換的依據、分工合作才能夠獲得最大產出及利潤、市場經濟下誘發人人勤奮工作並動腦筋創新而造成活絡的氣氛與巨大的繁榮²⁵⁹。而這不但是比功利主義更重視個人權利，還蘊含著就長期來看，「財富最大化」學說將比口口聲聲強調「滿足」的功利主義更能增加社會人人的滿足。

3.3.3 「財富最大化」倫理學的權利分配原則

Posner 論述至此，可以說已經由「財富最大化」推演出一套權利理論了，而權利理論也是「財富最大化」的必然結果；如 Posner 所說的：「..一種權利的理論事實上是財富最大化原則的一個重要的必然推論結果」²⁶⁰。這也就是 Posner 所說的，「財富最大化」可以處理「分配正義」的問題²⁶¹。筆者認為，這套權利

²⁵⁸ PJ, p. 391.

²⁵⁹ Posner 也強調在自由市場自願交易下所帶動的正面效果之累積；意思是說，依「財富最大化」的倫理學，我們不能像功利主義那樣主張單憑某物能帶給我比帶給別人更大的快感於是我就有權利獲得該物，而是要自己拿錢去和別人協商、取得合意而購買才能夠獲得我渴望的該物。因此我必須先想辦法去賺錢！而在為了賺錢的過程中，我們已經是經過與他人互利的交易才掙得金錢（請參閱 EJ, p. 82），則我們已造福他人了（也同時造福自己）。在賺錢（很多種方法）的過程中，我們可能造福了我們的僱主、員工、其他的原料供應商、房東或地主、工廠建築商、零售商...等等（請參閱 EJ, p. 65-66），甚至為了賺錢我動腦筋發明新產品，結果以科技的進步造福人類文明。所以「財富最大化」有帶動一連串良性活動的功能，為了自利，連帶地先造福了許多其他的人，造成一種「交相利」的社會。由這個角度，「財富最大化」亦是遠優於功利主義以個人主觀「效用」為請求權基礎的倫理學。

關於「求自利」卻會造成「交相利」，Heibroner 說道：「我們之所以能夠享受到豐盛的晚餐，並非出於屠夫、釀酒者或麵包匠的慈悲為懷，Smith 說道：『而是由於他們關切到自身的利益。我們應該感謝的，不是他們的人道精神，而是他們的自愛，因此跟他們表示我們需要什麼，只要讓他們知道自身的利益所在就行了』（Robert L. Heibroner, 改變歷史的經濟學家，蔡伸章譯，台北 2000, 51 頁）。或是如 Adam Smith 所說的：「放心地讓善事變成自私的一種副產品就可以了」（引自 Heibroner, 68 頁）。

²⁶⁰ EJ, p. 73.

²⁶¹ 同上 p. 69. 在此我們不要因為 Posner 使用「分配正義」（distributive justice）這個名詞而產生誤會；自從 Rawls 的學說風行以來，「分配正義」在今天已經幾乎等同於「拿富人的錢分給窮人」的意思了。但是 Posner 完全沒有這個意思，他所理解的「分配正義」在此只是指「權利應該如何被分配才是正確的」之中性的意思而已。

理論（分配理論）包含了價值哲學在討論財產權上兩個慣常的面向：

第一是「如何交換財物」（「交換的正義」）。

第二是「原初的權利（包括財產權）如何分配」。

就第一點而言，「財富最大化」宗奉古典自由主義的一貫立場，認為只有「自願性」、即自由協議同意才能夠成為財貨移轉的根據，即 Nozick 所說的：「沒有任何集中化的分配（central distribution），沒有任何人或團體有權利控制所有的資源、並同時決定如何分配它們。...在一個自由的社會中，不同的人們掌握著不同的資源。新的持有來自人們自願的交換和贈與」²⁶²。

而就第二點「原初的權利或財物如何分配」之問題而言，Posner 的名言是：「**財富最大化原則要求將權利初始地賦予那些可能會最看重（珍視）這些權利的人，以便把交易成本降到最低**」²⁶³。Posner 說：「如果市場交易是不用成本的，經濟學家就不會在意一個權利最初是在誰手中」²⁶⁴，又說：「校正交易的費用能夠被避免，如果這權利最初被賦予給最珍視它的使用者」²⁶⁵。這兩段話所指相同，它們的意思是說如果 A 權利對張三是很有用的，而張三為了一生能發揮所長、功成名就，也一定是最看重 A 的人、也必然會設法（透過購買）去獲得 A，那我們就應該一開始就把 A 權利配置給張三，讓張三連買都不必買了；因為張三要購買時，說不定發生交易成本過高的問題，則為了避免付出過高的交易成本，最好一開始就把 A 配置給張三。Posner 的意思是，如果不存在交易成本過高的擔憂，就不需要操此心，即不必把 A 配置給張三，因為反正張三可以輕易購得 A。

但筆者認為，若是依 Posner 追求財富最大化的立場，Posner 主張一開始就把 A 配置給張三，這樣的話，張三所節省的就不止是交易成本而已，而是可以替張三省下整個購買 A 成本、即張三根本不用交易了。因為如果張三是 A 權利最佳的利用者，他想要買 A 時可能會遇到協商上的困難（即交易成本高），法律經濟分析學派認為這是對促進「財富最大化」的第一個障礙；為此，要省下交易成本法律應該自始把 A 賦予張三。但是這樣一來，張三連買都不用買了，當然沒有交易成本。

3.3.3.1 「財富最大化」尊重個人權利嗎？

Posner 已經完成其權利學說（即如何分配的學說），比起功利主義那種集體主義、完全抹煞個人願望的思維方式，遵循古典自由主義信念的「財富最大化」看似是一種尊重個人人格與意願的倫理學。

然而筆者卻不這麼認為，並以下列論述來加以批判：

當 John Locke 提出生命、自由、與財產是天賦人權時（先不管他這套學說是否只是一種信仰、一種意識形態而缺乏論證的基礎），他指的是人人**平等**地享

²⁶² Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Cambridge (Massachusetts) 1974, p. 149-150.

²⁶³ EJ, p. 71.

²⁶⁴ 同上。

²⁶⁵ 同上。

有這些天賦人權、人人的這些權利都受到保障。但是 Posner 卻主張權利要賦予最有能力運用它的人，則強勢者必定會被賦予較多的權利。依「財富最大化」的價值觀，產出能力強的人在一開始將可被賦予他所需要的一切權利，讓他辦事更方便！

我們先前討論過了，「財富最大化」哲學要求如果你想要得到別人手中的權利（例如他人所擁有的對某物的財產權），你必須用錢去向他買。而這也表示，交易的前提是權利（私有財產權）的歸屬先要清楚，然後才能夠談誰要向誰買（這是我們在前面第二章談 Coase 的理論時已經闡釋過的關鍵點）。如此層層上溯，則最初的時候，法律要如何決定每個人有什麼權利呢？權利在最開始的時候要賦予誰呢？Coase 與 Posner 皆認為在一開始，國家應該把權利應賦予能利用此權利創造最高市場價格（「價值」）的人。換句話說，僅因為你有能力運用此權利創造出最高的市場價值，你就有資格要求獲得此權利。

但這難倒不是一種歧視性的主張嗎？因為，如果僅僅因為「一個人比另一個人更重視某一個權利」（Posner 的意思是指「某一個人比另一個人更能藉著獲得並使用某一權利而創造出更高的產值」），法律就應該把此權利判給他；那麼，在初始權利的歸屬之問題上，Posner 似乎已掉進了他自己對功利主義的批評！

若是要問 Posner 與功利主義還有什麼差別，頂多只能說，功利主義把權利賦予某人的前提是：「此人的內心主觀上能比他人感到更快樂（而不再追問被授予權利的人是不是能再利用該權利去創造出更大的市場上的價格）」；而相較之，Posner 的「財富最大化」哲學將權利判給某人的前提是：此人比別人更能夠再利用此權利去創造出更高的市場價格²⁶⁶。

而且，另一個問題是，就算把權利賦予最能用以創造出最大社會財富的人，當社會財富增大之後，這仍然並不蘊含大家都可以享受到他創造出來的財富（他創造出來的財富可能大部分為他個人享受而已），故反而可能僅僅是造成富者越富、貧者越貧而已（即只不過社會財富總量增加而已）。則這樣的學說有考慮過弱勢者的生存權嗎？所以，「功利原則只關心最大利益總額的獲得而不關心怎樣在個人中分配這些利益」²⁶⁷。就這一點而論，功利主義與 Posner 的哲學是犯了一樣的毛病。而 Posner 的回應是基於他承襲古典自由主義一貫樂觀的假設（信仰），認為在這種自由市場的制度下，其實不需要過度擔心、甚至危言聳聽去誇

²⁶⁶ Posner 始終關心的是：「什麼樣的權利之初始分配將最快地將一個社會推向其最終的財富水平」（EJ, p. 112）。而 Posner 所說的：「應該將權利判給最看重（珍視）它的人」，這句話，聽地來冠冕堂皇、好像合情合理，但筆者認為事實上充滿諷刺。因為「珍視」與否，原來只是繫於人能不能使用它來創造出更高的市場價格；而這是取決於個人的天賦能力。農夫當然很「珍視」在他的土地上能順利讓農作物生長，因為這是他唯一的謀生之道，否則他就要餓死了；而現在資本家也很「珍視」其在這附近蓋工廠能順利運轉下去（但其工廠會噴黑煙毒死農作物）。但是依 Posner 的哲學，資本家比農夫「更珍視」污染權，因為資本家在沒有獲得這個權利時會去購買此權利，因此為了避免交易成本乾脆一開始就將污染權歸予資本家。

但是難道農夫會「不珍視」這個權利嗎？農夫被 Posner 認為比較不重視這個權利，只不過是因為他們沒有能力去用這個權利生產出比資本家更大的市場價格的產品而已！於是農夫該失去這個權利、誰叫他們天生才智比較平庸。

²⁶⁷ 何懷宏，公平的正義，山東濟南 2002，35 頁。

大富者越富貧者越貧的問題，因為這種體制會讓社會繁榮昌盛，到最後水漲船高，沒有人會過得太差的，則到那時候就可以正當化原初不平等的權利分配。

筆者認為這也只不過是他主觀且樂觀的信仰而已。

Posner 面對筆者這樣批評他的原初權利配置不公平，提出一個辯護；他說：「在社會發展之初的權利分配不太可能決定許多代以後的資源配置」²⁶⁸。他並且引用新的法律經濟分析思潮之先驅 Gary S. Becker 的話「在三代人之內，幾乎所有祖先在收入上的優勢和劣勢都會被抹除」²⁶⁹。Posner 也認為：「..原初的分配應會很快消散」²⁷⁰。的確，俗話說：「富不過三代」！不過就算是只維繫三代，三代的享樂也不能說是無關痛癢的事啊！為什麼別人能三代富貴享樂而我卻不能呢？這還是夠嚴重、夠不公平了吧！別說是三代，每個人只有一輩子而已，而且黃金歲月沒多少年，如果我父親只是平凡的農夫，而我青年時期沒有一直往上受教育的機會，則儘管我再怎麼聰明及願意勤奮，一生的成就與幸福都必然大受影響，而要到我的孫子輩才能勉強熬出頭、有個小可的局面；而某人也許和我差不多聰明，只因爲其祖父有才幹，又被賦予許多權利因而更加容易變成家財萬貫，結果他有機會無限地受良好教育而一生順利，後代也很可能跟著能繼續強下去、世代公卿、或皆爬到社會上高層的階級！或者就算特權者的後代真的出了紈褲子弟、吃喝玩樂最後敗光了祖產，其財富都轉移到窮苦出身而肯上進的人手上。但爲什麼他可以過一段吃喝玩樂的人生，而別人卻要如此辛苦向上爬才能夠扭轉局勢呢？

總而言之，Posner 的學說強調市場機制、自由協議所達成的彼此同意才是財物移轉的唯一根據因而看似重視個人權利，但是他並不主張人人基於其作爲「人格體」有一種要求享有一定程度的基本生存權被保障的天賦人權；而是掉入了和他所激烈批判的功利主義一樣，是一種只重視社會福祉的總量，而無法解決分配問題、漠視個人權利的學說²⁷¹。

Posner 的學說最終會得出這樣的結局，原因很淺顯易懂，因爲 Posner 並不是主張一種天賦人權學說，依 Posner 而言並不存在什麼與生俱來、絕對不可被侵犯的個人權利、人性尊嚴，而是和功利主義完全一樣是一種「結果導向」（result-oriented）的學說，功利主義的目標是效用最大化，Posner 的目標是財富最大化，兩者都是要追求達成一種特定的狀態或結果，即 Nozick 所說的其服膺

²⁶⁸ EJ, p. 111.

²⁶⁹ PJ, p. 375.

²⁷⁰ 同上。如果特權已經被賦予了某一個人及其創建的事業，則其後代若繼續經營此事業而仍享受此特權，這種優勢就更不容易消失（即使他的後代已經沒有高人一等的才智了）。

²⁷¹ 有些法律經濟分析的學者對此責難提出一個自我的辯解，值得我們注意；這個辯解是說，他們想先藉著司法的領域促進效率、即「先把餅做大」，而後對於財富重新分配的問題，再交給國會議員（立法者）去爭吵、去做決定就好了，而那不是法律經濟分析要管的領域（請參閱 EAL, p. 275；Cooter /Ulen, L&E, p. 4；David Friedman, Law's Order, Princeton 2000, p. 230）。

這個自辯能成立嗎？事情能夠如此涇渭分明地「分成兩階段」來做嗎？（何況 Posner 與 D. Friedman 作爲古典自由主義者，一向是堅強地反對公權力去介入做財富重新分配；爲什麼在此又突發此言呢？）對這個重要的問題，筆者認為，最好是等待看完法律經濟分析的整個學說之後，留到本書的第十二章「結論」之處再做一反省評論，是最恰當的時機。

的是“end-result principles”或“end-state principles”²⁷²。是故，當使用市場自願交易的方式、尊重當事人的意願便能夠彼此取得合意且達成財富最大化時，Posner 的學說看起來就非常尊重個人權利；但是當遇到權利的初始分配須由政府加以決定時，他就毫不顧慮地擁抱這種不平等的權利配置來達成其「社會財富總量最大化」的目標。而且 Posner 所關心的就獨獨是社會財富總量的問題，並不能認真處理平均的問題，則其不平等的問題就更加明顯²⁷³。

基本上，筆者在此對 Posner 的批評和在本書第二章 2.2.4 及 2.2.4.1 兩個段落中筆者批評 Coase 的主張是完全一樣的，當政府要考慮如何分配初始權利才能避免未來私人之間的協商有可能發生交易成本過高的問題、或者是政府在決定權利之初始分配時怎樣讓有能力者得到權利而不必再花錢去購買時，Posner 並不考慮人民經濟上的強弱勢問題、也不考慮權利分配的結果是否造成弱勢者陷入貧無立錐之地的困境、也不考慮有些人（例如黑人）遭受歧視會尊嚴受損，而是只以促進效率（即誰能利用該權利去創造更高的市場價格）為唯一的標的。同理，政府藉著行政、立法或司法來推動一項經濟政策時，也可以為了促成社會財富總量最大化而犧牲某一部分的人民。因此，筆者認為 Posner 這種「非天賦人權」、而只是一種允許各式各樣的手段只為了達成目標的“consequence-based”學說絕對不是一種尊重個人平等的基本程度生存權利的倫理學²⁷⁴。

3.3.3.2 無法給予「沒有市場價格」的人性尊嚴一席之地的學說

Posner 的自由市場、自願交易的學說，雖然被他說得是如何冠冕堂皇地尊重個人意志、尊重人權，但是在研觸初始權利的分配問題上，卻立刻顯露其為一種漠視人性共同基本尊嚴的學說。原因很簡單，如第一章 1.2.2 後所探討過的，如果一切「價值」只以「市場上的價格」為標準，則每一個個人的尊嚴（生存權）幾乎是「沒有市場價格的」，則對 Posner 而言，其「價值」等於零，也就是說，

²⁷² Nozick，同註 50, p. 155.

²⁷³ 這並不是說 Posner 喜歡貧富不均，而是他始終信仰這個問題用「水漲船高」來解決就可以了，而從事政府介入的財富重新分配則會降低“incentive”，造成社會沈淪，到最後人人都受害。而且他根本上就認為不公平的問題不能用政府介入做財富重新分配來解決，這對古典自由主義者而言是不道德的國家暴力。

²⁷⁴ 例如 Posner 主張若採取種族歧視能降低訊息成本而達成財富最大化，則這種歧視就是正當的；若一個想要出租房子的人因為在過去與黑人交往的經驗中有過不愉快的經驗，在廣告上附帶刊出「拒絕黑人」條件，可以讓他省去許多篩選房客所要花費的時間，這依 Posner 是正當的（請參閱 EJ, p. 86 及 362）。同樣的，Posner 指出，如果一個社區因為住了猶太人及黑人而造成房地產大跌，而這些猶太人及黑人所願意提供給其他居民的補償低於房地產跌價的金額，則他認為實施種族隔離就是為了實現財富最大化所必須且合理的（請參閱 EJ, p. 84）。

這個結論也許在今日看起來太引起爭議了，因此 Posner 又非常奇怪地補上一句：「然而，這個例子看起來是牽強的，一個有生產力的團體若是採取孤立、驅離或隔離將不太可能真正增加社會的財富」（EJ, p. 85）。但我們不知道 Posner 講這句話是不是由衷之言，也許他只是怕干犯眾怒而虛偽地補上這一句。但是至少這可以證明他只是和功利主義者一模一樣以「結果」來論斷應不應該實行種族隔離，並不是以天生的人權、尊嚴來論事。換句話說，如果實證研究能確定實行種族隔離是達成財富最大化的不二法門，則顯然就沒有理由不實行種族隔離；就像他的確贊成為了節約「訊息成本」而刊登種族歧視的廣告一樣。

Posner 的學說根本無法處理所謂人性尊嚴的問題。茲舉例說明如下：在先前本書第二章討論工廠污染的問題時（在第五章還會繼續討論），法律經濟分析學派所比較的是工廠的產值及被污染的居民的產值來決定哪一方配得到權利，則如果附近居民正好是一群農夫或工人，則其產值是很低的，在這種情況下，依 Coase 及 Posner 的觀點，工廠應被賦予污染他人的權利。

因為，固然每個人都認為其自己的健康、生命是極貴重的、甚至是無價的，但是那只是其個人的要價，在市場上，其生命根本值不了多少錢、甚至根本沒有市場（你認為你的健康、生命是價值連城的，但對我而言，你的健康與生命就市場需求而言，對我是毫無必要的），而依 Posner，「價值」只能由市場決定，而不是自己主觀的認知。

誠然，少數具有極高才智能力的人，其生命及健康是有很高的市場價格的！但對於平凡的人（其工作是人人都會做的、而且社會上不缺乏他這種勞動力，即其就算不能做了或死了、也有人會源源不絕立刻補上其位置、不會影響社會生產總值），則其健康、生命，若僅以市場價格而言是「零」（根本沒人在乎其生病、或短命、或死亡）。至於沒有工作能力的老人、小孩、殘障者，當然也沒有市場價格可言，則依 Posner 而言，這些人的「價值」也是零、或甚至是負數。

因此，我們就看到，在這種只以「市場價格」來認定人的「價值」的哲學下，只能創造很低的市場價格的人，就是必須被犧牲的一群，因為這種學說不承認有任何一個人所能創造的市場價格以外的其「人格尊嚴本身的價值」，即 Posner 的學說不承認不管一個人是多麼平凡、生產力多麼小、甚至因年老或年幼或殘障而根本沒有生產力、仍然僅僅基於他是「人」就有很高的尊嚴；故要侵犯其健康或壽命，皆必須付給他很高的補償、或甚至無法以金錢補償。正如先前在「導論」中註 19 用的，Posner 認為這些人根本沒有權利。

如 Rawls 這樣的哲學家、或是社會主義的人道思想，其皆肯定人人只要是人，都有極高的價值、尊嚴，都受一定的不可被剝奪的權利保障，而這種價值和其生產力無關。但是若是像 Posner，「價值」就只是市場上的價格，而法律的目的在讓市場價格的總量最大化，則當生產能力低的人之利益與生產能力高的資本家相衝突時，法律將不會把權利賦予生產能力低的人，則這些本來就能力平凡的弱勢者，在又沒有權利的情況下，將被逼到無立錐之地。要說「偷竊」的話，在 Posner 這種哲學架構下，強勢者的確是不用偷竊的，因為法律已經自動把一切權利都奉送給他了、都替他準備好了，他還有必要想為了得到什麼東西而去犯罪嗎？反倒是弱勢者在被逼到饑寒交迫時不得不去偷竊，但偷竊又無法被正當化。

事實上，在本書的「法律個案的分析篇」（本書第五到第十章）中，筆者將由 Posner 的案例討論中指出，Posner 不僅是在權利的初始分配上偏袒產出能力強的人，而是在任何案件中，都隨時隨地要調整權利的分配，也就是說，在每個個案中都想要視如何分配權利才能夠讓社會財富最大化而隨時變動權利的歸屬，即將權利隨時改變、賜予最能創造效率的一方。則在這種法律思想下，人民隨時生活在不確定、沒有絕對既定的權利的制度下，沒有法律的安定性，而必須

過著一種惶惶不安的日子。

3.4 對「財富最大化」倫理學的終極基礎之探究與批判

在檢視完畢 Posner 與功利主義的論辯之後，我們應該要追問「財富最大化」倫理學的終極理論根據何在？我們知道，Posner 的權利理論是立基於「財富最大化」，也就是說一個人有資格得到某種權利之理由是因為這樣能促成財富最大化。那麼我們就要問：為什麼「財富最大化」是善的、值得（應該）被追求的呢？當功利主義者被問到類似的問題時（即為什麼「效用」是善的、值得（應該）被追求的呢？），Bentham 已提出其答案，就是他在本章註腳 6 的話，他認為追求快樂是人的天性，此乃終極「自明」（self-evident）之理，沒有必要再追問下去了。而 Posner 顯然也是認為追求財富最大化是人性自明的現象（即「有錢還會不好嗎」！），這顯示在大部分經濟學家根深蒂固地將人性視為「追求經濟利益最大程度之自我滿足者」、即 Posner 所說的“rational maximizer”就可明白了。

但是，依筆者之見，Posner 在此仍犯了兩個錯誤，

第一，筆者可以同意，人性是「追求最大自我滿足者」，但並不是「唯獨追求經濟利益最大程度之自我滿足者」；這是在本書導論及第一章中筆者特別多次強調的²⁷⁵，人追求的自我滿足來自多種路徑，不是只有來自金錢，甚至有時候某種幸福和金錢相衝突時，人還會捨棄金錢²⁷⁶。

第二，就算人真的狂熱地想追求財富最大化，但完全沒有證據顯示人所重視的是社會財富總量的最大化而完全不在乎自己是不是能享受到財富（事實正好相反，人是先在乎自己的，即更在乎「我的財富最大化」）；所以 Posner 這個只重視社會財富總量最大化、卻沒有探討如何分配財富、保證人人都成為社會財富增大之下的受益者的學說，如何能說是基於人性自明之理？因為人性根本沒有顯露出這樣大公無私的天性²⁷⁷。人關心自己的口袋有錢，要比關心社會財富總量更

²⁷⁵ 請參閱第一章註腳 5 及 1.3.2 與 1.3.2.1 段落。

²⁷⁶ 莊子外篇山水有「林回棄璧」的故事：「林回棄千金之璧，負赤子而趨〔逃亡〕。或曰：『爲其布〔金錢〕與？赤子之布寡矣。爲其累與？赤子之累多矣。』棄千金之璧，負赤子而趨，何也？林回曰：『彼以利合，此〔父子親情〕以天屬也。夫以利合者，迫窮禍患相棄也；以天屬者，迫窮禍患相收也。』」。

²⁷⁷ 功利主義者顯然在這一點上犯了一樣的錯誤。如果說，我們同意每個人都追求自己最大的幸福，但這如何能被推論到大公無私、帶有「利他主義」氣息的「每個人都要追求社會幸福總量最大化的行爲（包括必要時犧牲自己也義無反顧）」呢？這當然是一個跳躍、謬誤的推論。學者 Feldman, （同註 3, p. 43-44）整理了 Mill 的推論式，而我們一眼就可以看懂這個推論的謬誤。此論式如下：

1. 每一個人的幸福對他本人而言都是善的。
2. 如果每一個人的幸福對他本人而言都是善的，那麼普遍的幸福對總體社會的人也是善的。
3. 如果普遍的幸福對總體的人是善的，那麼普遍的幸福就是〔對每一個個人都有拘束力的〕道德標準。

然而，事實上何謂「普遍的幸福」？也許根本不存在！眾人的幸福往往是相衝突的，如何要個人去促進「普遍的幸福」？就算有社會中一部分人的群體幸福，但也要這個群體人人自動自發一起

甚不知多少倍。

而這套「財富最大化」的倫理學作為一種純然「結果導向」的理論，在自由協議及市場機制能解決問題時，堅持政府不必插手，而深信逐利的人性及市場能將一切帶到最佳結果；但是一遇上權利必須由政府做最初的分配時，政府分配的標準只以社會財富最大化為考量，並不在乎弱勢者的生存問題；則看不出這套學說其有什麼對平等及生存發展權的尊重；例如在工廠污染居民的問題上，就是一個權利初始界定的問題；政府要把污染權賦予工廠呢？還是把免受污染的權利賦予居民？在單獨以「市場價格」為衡量價值標準的哲學下，當然只有資本家應被賦予權利，除非工廠周圍住的剛好都是個個才智不凡、身懷絕技、「身價」億萬的人才（沒有他們，社會的經濟發展將大受挫折）²⁷⁸

總而言之，雖然 Posner 並非認為貧富不均是一件全然無所謂的事，但他一來認為貧窮並不是要求富人將錢分給窮人的理由（即使此貧窮是因為先天或後天的不幸事故造成的，例如弱智或殘障），因為古典自由主義一向視此為不勞而獲、是沒有理由的侵犯富人權利的惡行而對此深惡痛絕²⁷⁹。再者，在他意識的底層，還是信仰著自由市場神奇功能的古典自由主義者的教義，他們認為只要讓有才智、有生產力的人盡量方便、盡量讓他們大顯身手，其將創造興盛繁榮，而最後平凡的人們也終會從社會的繁榮中得到好處，就像一位在美國掃馬路的工人過得都比越南的教授好；所以先偏袒犧牲有才智、有生產力的人，犧牲平凡的人，在道德上是可以找到振振有詞的藉口的。然而 Posner 等人等人卻無法告訴我們，這個「平凡人的犧牲要持續多久？範圍有多大？」，也沒有保證有一天補償是否真的會降臨在被犧牲者身上，又補償得充分嗎？在第一章中我們已詳細探討過 Kaldor-Hicks 原則的問題，而 Posner 也坦承不諱經濟學家所說的效率其實在大部分情況下能實現的只是 Kaldor-Hicks 意義下的效率²⁸⁰，那未受補償之受損的一方其被犧牲的倫理學依據又是何在呢？

共同出力來促進我們這個群體的幸福啊！如果只要求我一個人出錢出力來促進這個群體的幸福而使我蒙受損失，我為什麼要做呢？雖然 Mill 稍有意識到這個問題，而他提出的解決之建議是要「法律與社會的安排應該讓每一個人的幸福或利益與全體的利益相和諧」（Mill, 同註 11, p. 21）。但這只是不切實際的一句無用的空言而已。

²⁷⁸ Posner 和 Nozick 一樣崇尚自由市場，而 Nozick 天真地相信市場可以解決一切，故主張政府只從事治安、國防及保障契約被執行的「最小國家」（minimal state）任務，其餘可以什麼都不用管。Posner 也是希望盡量用市場機制解決問題、國家盡量少干預，但是他還是談論到許多政府介入的情境及介入的原則；我們並不能批評 Posner 自相矛盾或沒有一以貫之地固守「國家不介入」的立場，因為 Posner 了解必然會發生「市場失靈」的情況，而依法律經濟分析學派的看法，例如在污染的例子中，國家可以用權利的界定來讓這個問題得到市場式的解決，所以在這種情況下，國家還是要出面做初始權利界定的工作；反之 Nozick 不熟悉經濟學的知識，因此才有其想像的那種樣式的「最小國家」。

²⁷⁹ 請參閱 Nozick, 同註 50, p. 28-35. 及 拙著《由 Nozick 的學說釐清當代「基於權利的理論」（right-based theories）推論之獨斷性》一文之緒論及 1.1 與 1.2 段。

²⁸⁰ 請參閱 EAL, p. 14 以及 EJ, p. 91-92.

第四章 由「自願性」推導出「對自主性的尊重」 作為正當性基礎之嚐試

4.1 以「自願性」作為解決 Kaldor-Hicks 原則意義下抉擇正當性難題的鎖鑰

在第一章的 1.2.3.1 段落及第三章的結尾，我們已經闡明了凡是造成人民一方獲利、另一方卻受損（即頂多滿足 Kaldor-Hicks 原則的效率）的政府之法令或政策都不免被質問其如此取捨決斷的價值標準何在？也就是說為什麼是選擇要犧牲這些國民、而去成就那國民？這是一個令人尷尬困窘的問題，而且在人權受到重視的今天，也難逃被指責是對個人權利的忽略；功利主義已經為此嚐到飽受批判的苦果，而 Posner 及經濟學家們如果像他們自己所承認的，談效率時十之八九都只能實現 Kaldor-Hicks 意義下的效率，則也免不了要遭到同樣的譴責²⁸¹。

Posner 立刻機敏地發現，要解決這個問題，只有自願交易、即「全體一致的同意」是最神妙的法寶，因為經由地位平等的雙方自願同意的交易，一定保證雙方都能獲益（否則人不會同意簽訂這個契約）、即一定保證「帕累托改善」的出現。

²⁸¹ 即使被犧牲的是少數，但身居少數並非倫理學上一定得被犧牲的理由。在實際的政治上人們採取表決的方式處理問題，即順著多數人的意思辦事，但在倫理學的傳統上因為考慮到個人權利及格尊嚴等因素，並非如此簡單地能直接以「多數決」（意謂著少數被犧牲）來等同於正當性的基礎；至少，「多數決」不能無範圍限制地被使用。

自願交易下得到的「帕累托改善」可以一口氣解決三個問題：

第一，我們不需要再在乎去從事人際間效用增減的比較，因為反正大家的狀況都是變好的、或至少無人的福祉變差（無受害者）。

第二，自願的交易代表對個人權利、對人的自主性的尊重；尤其在 Rawls 宣稱其哲學的建構是受到 Kant「自律」(autonomy)，即「自己立法、自己遵守」之思想的啓發並且大行其道之後²⁸²，顯然 Posner 也不敢逆其鋒，而是也跟著表示「財富最大化」哲學強調「自願交易才能夠作為財物移轉的依據」的精神正好和「康德派」所主張的尊重人的自主之精神不謀而合。Posner 說：「我已將帕累托改善的概念描述為一種解決功利主義的人際間效用比較的嘗試。但是把帕累托的倫理觀放到康德哲學的傳統裡頭也是可能的。『同意』這一個倫理的判準與康德主義者強調把人當成目的而不當成手段——一言以蔽之——與對自主性的強調是同質的，也是帕累托改善的運作基礎」²⁸³。在 Posner 的《超越法律》一書中，他亦認為他的「財富最大化」哲學是與論究人權的「康德派哲學」有相同的菁華，他說：「有一個不斷出現的批評是，〔法律經濟學的〕辯護者們沒有把經濟學進路安穩地奠基於某個偉大的倫理學傳統之中，例如康德主義...。法律應當努力促進和便利競爭性市場，並...模仿市場的結果，這種我稱之為『財富最大化』的觀點與康德主義...都有親戚關係，因為這種經濟學進路保護了那些生產者的、或至少有此潛能的人們（我們大多數人都如此）的自主性。儘管這種經濟學進路即不是從任何一個倫理學體系中演繹出來的，也不與其中任何一個完全一致，但從實用主義的立場來看，這種聯繫卻是不能決然否認的」²⁸⁴。

第三，自願交易、即自由市場制度保證了財富最大化²⁸⁵。

總而言之，「同意」使得 Posner 如獲至寶地眼睛為之一亮，被他視為解決難題的利器。但是，正如上一章末段所述，並非天下一切事務都可以依協議、依市場的方法被解決掉，社會常出現種種「市場失靈」的情況，而這也正是 Posner 哲學的困境所在；但是 Posner 顯然在知道這個困難之後，一方面不再提起那些令他難以回答的「市場失靈」之事態情境，而另一方面仍然企圖論證在許多在過去不是使用自願交易的方式、或者是不被視為是使用自願交易的方式而被處理的事態，如今依他的法律經濟分析思想，都應該使用自願交易的方式被解決。簡而言之，Posner 的意思及做法是：縱然不是天下一切事態都可以用市場交易的方法被處理，但是他仍然要拚命設法讓盡可能多的事態都使用市場交易的方法來被處

²⁸² 請參閱 John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts), 1971, p. 251.

²⁸³ EJ, p. 89. Posner 又道：「帕累托原則在倫理學上的魅力與『一致同意』的魅力相似。如果受到某交易影響的每一個人都過得更好，此交易又怎麼會就社會或道德的角度上是壞的呢？...一個造成帕累托改善的交易提供了一種有力的、應在倫理學上被尊重的主張，...即尊重偏好和尊重諸個人」(PJ, p. 389)。

²⁸⁴ Richard A. Posner, *Overcoming Law* (以下引為 *OL*) , Cambridge (Massachusetts), 1995, p. 403. 當然，Posner 是以他的立場、截取一部分的角度來穿鑿附會說自己的學說也有和 Kant 相似的精神。事實上就僅憑這一點是不是能說他的哲學有 Kant 尊重人性尊嚴的精神，恐怕是大有疑問的！這點在本書第十章末會詳加探討。

²⁸⁵ 請參閱第三章 3.3.2 段落。

理；這樣一來，他便造就了一個盡最大可能尊重人的自主性、並保證「帕累托改善」實現的社會。

4.1.1 兩種使法律「契約化」的進路

顯然，Posner 的努力包含兩個面向：

第一，如同在第一章提過，他主張把原本法律不採用市場機制解決的事務（例如有關收養嬰兒及黑人白人分校的問題），如今應修改法律規定，改採用市場交易的方法來解決。

第二，把法律本身的立法過程就視為是一個如同市場上大家做生意時簽定契約的過程。我們知道，在做生意時，各方會先考慮一己的利益，然後若各方都覺得對自己有利才會簽下契約。如果立法也像這樣，那麼就保證執行這個法律一定得出滿足「帕累托改善」的結果。Posner 以法律的重要領域「侵權行為法」為例，來闡明為什麼侵權行為法也可以被視為是一種契約，也就是說，一條規定事故發生之後應如何做損害賠償的法律，可以被視為是在事故未發生之前，全體人民為了追求自己最大利益所共同訂立的契約²⁸⁶，即視之為眾人事先一致默認的契約、Posner 所說的一個「隱含的（默示的）同意」²⁸⁷、或「事故發生前的隱含契約」²⁸⁸。

本章所要探討的就是 Posner 企圖盡可能將一切法律規範、或說是整個法律體制的立法過程「泛契約化」（得到全體同意）的努力。他雄心萬丈地想藉此證明法律經濟分析是一個與 Rawls 尊重個人自主性的主張相通的學說、並且透過自願交易（即「帕累托改善」的必然實現）使得人人在其「財富最大化」的哲學之下都將永遠成為受益者而過得幸福的生活。而究竟 Posner 是否達成了其學說所追求的理想，將在本章中加以反省並給予最終的評論。

4.1.2 侵權行為法如何被視為全民之契約

如前所述，Posner 想就侵權行為的問題來闡述為什麼侵權行為法也可以當成是人民自願訂定的契約來看待。他以汽車事故責任為例：如果某一個社會採取的是過失責任制度而非「嚴格責任」（無過失責任）制度，則 Posner 將其視為這是人民共同訂立的契約，即在事故前，眾多的人民各自有不同的立場（有的人天天開車、有的人偶爾開車，有的人從不開車也不搭車（出門只走路），有的人天天搭乘公共汽車或出租車，有人一年只搭兩次車...等等），但他們在追求一己財富

²⁸⁶ Posner 說：「侵權行為案件可以藉著被重新描述為發現事故尚未發生之前的隱含契約，而被轉化為契約案件」（PJ, p. 361）。

²⁸⁷ EJ, p. 96.

²⁸⁸ PJ, p. 361.

最大化的考量下認為選擇過失責任制度是最有利的，因為採取此制度開車的人可以繳較少的責任保險費，因此他們一齊同意選擇此制度。

當然，有人們會馬上質疑 Posner，為什麼沒有開車的人（反正也不用購買汽車責任保險）也會選擇過失責任制呢？怎麼能設想他會是這種內容的契約之簽訂者之一呢？因為他根本不可能從規定採用過失責任的汽車事故侵權行為法中獲益，例如萬一他被撞了而駕駛者又正好沒有過失，他不就得不到賠償了嗎？Posner 的答辯是，不開車的人也許其配偶開車，或者其也會搭車，如果他贊成嚴格責任制，那公共汽車或出租車必須多付的保險費一定會轉嫁到消費者身上，即車資會更貴，所以不開車而只搭車的人也會寧可選擇過失責任制²⁸⁹。而若有人再問，那為什麼不開車也完全不搭車的人也會選擇過失責任制呢？筆者猜想也許 Posner 也許會答辯道，這些人雖然自己不搭車，但也許其必須扶養的親屬會開車及搭車，因此他仍贊成過失責任制對他比較省錢。但是如果我們又問，那不開車、也不搭車、也沒有開車或搭車的親屬要扶養的人為什麼也能想像他們會贊成過失責任制呢？這筆者也不知道 Posner 要怎麼回答？

Posner 硬要把侵權行為法的規定都推定設想為是社會大眾訂立的契約，未免過份武斷牽強、缺乏說服力。道理很簡單，因為社會上的人，正如在此例中所顯示的，立場殊異、利益南轅北轍，一條法律規定對某些人有利、對某些人就不利，故不可能是能夠得到眾人一致同意的。對此批判，Posner 提出了一個苦心思索後發明的概念「預先的補償」來作為辯解。他舉例當張三開車與另一部車相撞，兩人均無過失，對方的人車皆無恙，但張三卻車毀人傷，而張三卻因為國家實施過失責任制度而得不到賠償，依常理而言，張三不可能同意這種結果，因為此時張三應該贊同嚴格責任制而他可以獲得賠償，故我們怎麼說採取過失責任制的法律是張三同意簽訂的契約？但是，Posner 則是設想每個開車的人事先都知道自己有被無過失的駕駛撞到的風險，但是眾開車者經過考慮認為若贊同嚴格責任制則自己平時的繳汽車保險的負擔會加重，因此每個人還是會寧願選擇過失責任制；一旦某人有一天不幸被無過失的駕駛撞了而得不到賠償，則表面上看起來他無獲益，但事實上他平時長年來已經由節省下來的金錢中獲益了，即已經得到「預先的補償」了，他早就簽了一個他認為對自己會有利的契約，即過失責任制的法律，因為他在立法（簽契約時）認為發生被無過失的駕駛撞到的機率本來就很低、而且他認為自己是個很小心的人。

至於如果始料未及地張三竟然特別倒霉，經常被無過失的駕駛人撞到以至於過失責任制的法律對他而言總體上是帶來損失的，這仍不能否定張三當初是自願簽訂贊同過失責任制的法律的，因為他簽契約時的預估是他可以從此制度中獲利，至於事後萬萬事先料想不到他竟然經常被無過失的駕駛人撞到，這就好像做生意的人事先簽一筆契約也是預估可以賺錢，但事後沒想到世事變化而賠錢，而這並不能否認當初此人是歡喜樂意贊成做這一筆交易的²⁹⁰。Posner 舉了買彩票的

²⁸⁹ 請參閱 EJ, p. 96-97. 及 PJ, 389-390.

²⁹⁰ 請參閱 PJ, p. 388. Posner 指出「..不確定性是不可避免的」(PJ, p. 389)。事實上商業上談生

例子，他說「...只要沒有詐欺或脅迫的問題，那麼一個購買彩票、而後輸掉的人就是事先已『同意』這一輸〔為其的可能後果〕，至少他已經放棄了對結果的反對權」²⁹¹。另外他又說：「如果我自願地參加一個公平的抽獎而且輸了，若我輸時說『不公平』，是一定沒有人要聽的」²⁹²。事實上彩票中獎機率不高的事實也已經反映在彩票的售價上了，這也是一種「預先的補償」²⁹³。就像在景氣不好時租一個店面，固然未來作生意會較困難，但承租人事先已從較低的租金中獲得補償了。

但是，Posner 想以這樣的論述與例子來證明侵權行為法是一種眾人皆同意的契約，仍是非常牽強困難的，例如，如前所述，我們會問，一個本身不開車、也不搭車、也沒有開車或搭車的親屬有賴其扶養的人何必也贊成過失責任制呢？因為他一開始就明知他不會有任何從中獲益的可能性。

簡而言之，世間眾人利益的分歧與不可避免相互衝突的事實，終將使得任何一個政策或法令都難以是能讓所有人滿意的（否則為什麼 Posner 自己也承認政府施政所追求的效率大都只能實現 Kaldor-Hicks 意義下的效率）²⁹⁴；同理，要去推定假設每一個既有的法律都是得到全體社會成員一致同意的契約，那也是荒誕不經的臆測猜想；在規定汽車事故賠償的法律中，仍是一種 Kaldor-Hicks 意義下的效率，因為有些人只會是這條法律的受害者。Posner 想用這個例子解決抉擇正當性難題，顯然仍是失敗的。

4.1.2.1 利益分歧衝突與「全民契約」的不可能性

果然，Posner 也提到了他的這番主張遭到了兩種質疑，第一是質疑此「同意」是虛構的（fictitious），因為其並沒有被表達出來²⁹⁵；也就是說根本沒有真正在立法之前問過每一位人民說到底大家同意這樣嗎。第二，就算有同意，也幾乎難有一致的同意，絕大多數都只是多數決的同意而已。

因此，Posner 將一條侵權行為法要說成是全體人民預先一致簽訂的契約，這種說法是站不住腳的。總之，Posner 為了避免倫理學上要正當化 Kaldor-Hicks 式

意或乃至個人為了當下的消費而立的契約，都無法預估未來市場的情況，也就是說而大家都是評估當下這樣決定將是最明智有利的，然而世事當然是無法預測的。「因為，不可避免地，許多選擇都是在不確定條件下被做出的，有相當數量會演變為壞的結果。從事後來看，這些選擇都被視為錯誤並讓人產生懊悔；但是從事前看，這些選擇應是完全合理的」（PJ, p. 389）。

²⁹¹ EJ, p. 94.

²⁹² 同上 p. 98.

²⁹³ 請參閱 同上, p. 94 及 97-98.

²⁹⁴ 抱持「價值不可知論」（Wertagnostizismus）的 Hans Kelsen 想一語道破千古以來世間各處打著「爭取正義」為口號的爭執，其實說穿了都只是利益衝突而已。「沒有利益衝突的地方，就沒有探討正義問題的需求」（Was ist Gerechtigkeit, Wien 1953, p. 6）。政府要立法提昇勞工福利，工人一定說正義、老闆一定說不正義。故 Kelsen 又說，世間「很清楚，一個能...擔保賦予一切人幸福的...秩序是不會存在的。..不可避免地一個人的幸福與另一個人的幸福是相衝突的。...一個人的幸福不可避免地就是他人的不幸」（p. 2-3）。

²⁹⁵ EJ, p. 96.

的財富增加的困難、並且保證人們得到的是「帕累托改善」而提出「法律契約說」，其論點是站不住腳的。

這兩個批判強而有力、銳利中肯，Posner 實在招架不住，因而顯得有些手忙腳亂並且惱羞成怒。而事實上 Posner 雖然試著辯白，但是並無法提出有說服力的解釋²⁹⁶。對於第一個質疑他僅能辯白說我們可以用推斷來確定一定會有這種隱含的同意²⁹⁷。至於對於第二個質疑，Posner 則認為雖然完全一致的同意不可能、但可以推斷會有接近一致的同意²⁹⁸，而他又表示何必那麼固執要堅持「完全一致」的同意不可！他說：「..只有一個狂熱份子才會堅持像過失責任這樣一種社會制度若要獲得正當性就一定需要有一致的同意」²⁹⁹。甚至他還說如果為了頑固地堅持一定要徹底尊重個人的自主性、堅持完全一致的同意而導至社會財富的減少，那還不如有時略為犧牲個人的自主性（即也不一定要有完全一致的同意）而能締造社會的財富最大化³⁰⁰。

筆者認為，Posner 已經因為因為遭遇理論上的窘境、情緒激動而陷入錯亂和自相矛盾了，這也顯露他本不是一位擅長精密哲學推理的思想家。原本，Posner

²⁹⁶ 有人或許會提議吾人可以假定民意機關的表決就代表人民的意思，以此來解決第一個質疑。但是這種提議也可能會遭到兩種當代理論的挑戰。第一種是 1986 年諾貝爾經濟學獎得主 James M. Buchanan 教授的政治經濟學、即所謂的「公共選擇理論」(The Theory of Public Choice) 的挑戰，其對民意機關的立法是否真的在反映普遍的民意做了深入的分析研究並得到否定性的結論；顯然民意代表們在立法過程中往往主要並非顧念普遍人民的利益，而廣大的人民也無力駕馭其所選出來的民意代表一定是在反映普遍大眾的意願，因為政治遊說團體的積極行動及與政治人物的利益勾結往往操控了立法。

另一種主張法律雖經民意機關制定卻未必能反映民意的理由來則自 Luhmann 的系統理論。他自二十世紀 80 年代中上葉起受到了智利的生物學家 Humberto R. Maturana 及神經生理學家 Francisco J. Varela 的影響，將一個希臘文“Auto-poiesis”（即 self-production 之意）引入其原本的系統理論之中，亦可說每一個系統（包括法律的系統）是“selfreferentiell”（自我指涉的），意即如 Luhmann 說的：「一個系統在建構其要素及其基礎運作時，皆是指涉著自己本身（包括指涉到系統本身的要素、系統的運作本身、系統的統一性本身）」（引自 Thomas Raiser, Rechtssoziologie, Frankfurt a. M. 1987, p. 108）。

也就是說，當外在力量施加影響力企圖改變一個系統時，系統並不會讓外力長驅直入而如同外科手術那樣被任人擺佈改變，故想以 input-output 的模式對任何一個系統加以改造之企圖是不會得逞的。而是系統本身已形成自己的一套語言、規則，形成一套自立保守、非完全開放性的系統，外在勢力要進來，其刺激對系統而言只是產生干擾的「環境」(Umwelt)，其施加的影響能進入系統多少、轉化成什麼訊息進來，還要先通過系統內部機制自行的篩選轉化。是故，「一個由外部加諸的直接操控是不可能的，例如，一支軍隊通常只基於其自身的結構及其本身的自我理解去執行一個軍事命令」(Raiser, p. 109)。「沒有環境加諸的影響系統的動力將會喪失而靜止，但是系統受環境影響的方式不能被理解為傳統系統理論所說的『輸入』(input) 的意義，而是指持續的激惹與干擾、或說是一種『噪音』；而系統則以它本身特有的方式去加以反應」(Raiser, p. 109) unten。就此意義，系統是“Selbstorganisatin”（自我組織）、“Selbststeuerung”（自我操控）的。外在的刺激宛如進入一個黑盒子 (Black Box)，它「不是被外界因果限制、也不被單線地決定。...系統不被環境單線地引導，反而是根據內在的特有邏輯來反應環境的改變」(Georg Kneer/Armin Nassehi, Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme 2. Aufl. München 1994, p. 22-23)。

有兩千多年歷史及嚴謹原則的法律的系統本身已擁有一套特定的邏輯，民意質樸的民粹式之需求要期待法律的系統馬上能做出令其滿意的改變是不可能的。

²⁹⁷ 請參閱 EJ, p. 96.

²⁹⁸ 請參閱 PJ, p. 389.

²⁹⁹ EJ, 97.

³⁰⁰ 請參閱 同上 p. 97-98.

強調「同意」是保障每個人的利益都得以增進的法寶，一個（假設有話）能得到全體人民同意而生的法律一定讓每個人都獲益。但如今他卻又認為，如果獲得一致同意的法律是不可能的、但一個未獲得一致同意（但尚能獲得絕大多數人同意）的法令能夠促成社會財富最大化的話，那這個沒有得到一致同意的法律就是可取的。

Posner 這樣的結語代表什麼意義？

4.1.2.2「非全民之契約」乃枉然的嚐試 — 不能解決 Kaldor-Hicks 原則意義下的財富增進之正當性何在的難題

第一個意義是他承認了「能得到全體人民同意的法律」根本是不可能的，那麼 Posner 就應該放棄例如「侵權行為法也是一種契約」的主張，因為這是一個不實的夢想而已。

接下去第二個意義是 Posner 雖然最後還是承認了「能得到全體人民同意的法律」不可能存在，但「沒有得到全體人民同意的法律」只要能促成社會財富最大化，那我們就不必一心爲了要尊重每個人的自主性而再空等那個實現不了的「能得到全體人民同意的法律」，而是應該取「沒有得到全體人民同意的法律」，只要「沒有得到全體人民同意的法律」能創造最大化的財富，其就是可取的；換句話說，我們不應該過度苛刻批評「沒有得到全體人民同意的法律」是沒有尊重一切人的自主性，因爲能尊重一切人的自主性（即得到一切人的同意）的法律是注定不可能的，如果我們硬要空等待「能得到全體人民同意的法律」這種不可能的事情出現，那我們就動彈不得、什麼事也別想辦得成了，如此一來反而誤了天下蒼生的幸福。

但是筆者認為，Posner 的這種主張正好又陷入筆者之前對法律經濟分析學派哲人的價值觀的最初批判中，即如果一個「沒有得到全體人民同意的法律」就算它最大化了社會財富總量，但又怎能說一定帶給社會幸福的呢？因爲如果分配不均，有些人根本享受不到社會增加的財富，怎麼會幸福呢？Posner 論了一圈，結果是原地踏步。如前所述，Posner 的學說從來沒設法保證社會增加的財富一定能爲弱勢者所享有，作爲古典自由主義的信徒他根本厭惡政府介入去做財富的重新分配³⁰¹。例如法律 X 基於 90% 的人之同意、讓 90% 的人之利益暴增、而讓其他 10% 的人之利益稍減，由相加加抵的總和來看，法律 X 它讓社會財富總量增加的

³⁰¹ 熱切擁護自由市場經濟、痛惡政府介入干預的這一派學人，因爲見到今天許多自稱爲屬於“liberalism”的思想家大都支持社會福利這種立基於財富重新分配的主張，因而深感不滿。事實上在美國（在別的國家則不然）“liberalism”這個字已經變成是左傾的、贊成社會福利這一派的名詞。Friedrich Hayek 之輩認爲此乃背叛真正原初（古典）自由主義強調國家「不干涉」、「自由放任」（laissez-faire）的原始核心，且將造成對個人自由權的侵犯、個人奮鬥動機的削弱、國家控制力的增強，因此他抬出「自由」的拉丁文“libertas”，並由此創出“libertarianism”一詞，用來和已經走向社會福利路線的“liberalism”做區別（參閱 何信全，海耶克自由理論研究，台北 1988，p. 2）。故爲了區別兩者，筆者將把“liberalism”譯爲「平等自由主義」，而把“libertarianism”譯爲「古典自由主義」，黃春興教授則將“libertarianism”譯爲「自由人主義」（Walter Block，百辯經濟學，齊立文譯，台北 2003，31 頁）。

程度比任何其它法律更高，依 Posner 的意思 X 就有正當性。但是那 10% 被犧牲的人們呢？Posner 退而求其次地大膽斷語說（筆者不知道他的根據何在），至少可推斷每一條法律都能得到絕大多數人同意（但筆者不敢這麼講，因為許多法案也許只是得到略為過半數而通過的而已），他顯然企圖以此表示雖然法律不能成為人人一致簽訂的契約，但是至少是絕大多數人之間的契約而仍具有很大的（雖然沒有絕對的）的正當性³⁰²。然而，筆者認為，這還是沒解決原來的老問題，即那些沒簽契約的人（就算人數只有 10% 吧）的利益、尊嚴、自主性如何被確保呢？難道人少就不必管他們的死活了嗎？何況如果一條法律如果是只得到 51% 的人的同意而通過的呢？

總而言之，Posner 原本強調「同意」（因為「同意」正是保障人人都獲益的保障），並正打算以此標榜他的學說也是尊重每個人的尊嚴的、和當今流行的「康德派」學說一樣高貴可敬；但是一被批評「同意」是不可能的，他竟然立刻見風轉舵地翻臉說：「同意」有什麼了不起的、「同意」又不一定保證社會財富最大化、沒有「同意」又如何、為什麼非要死抱著「同意」不可！

這種思想的混亂與反覆真是令人搖頭歎息³⁰³。

筆者並不是要去主張我們能夠期待一個能夠得到一切人同意的法律，因為這是不可能的；故筆者不會像 Posner 那樣先吹噓誇張可以將法律視為契約，而後在遭到批評無力招架之後竟然立刻拆自己的台而陷入自相矛盾中。不過至此，我們可以先得一個結論，即我們可以宣佈 Posner 原本企圖將每一條法律皆視為契約的主張是失敗了。

筆者認為幾乎每一條個別的法律都不可能是會讓社會全體成員一致同意的，而顯然每一條法律的不同意者絕大多數（除了少數大公無私的例外者）是這條法律下的受害者（例如政府若通過「工時法」減少勞工工作時數，資本家一定反對）。由此可見，在利益相衝突的人類社會中，每個人都處在一種險境中，因為在每一條法律的通過中，都有可能讓少數人的利益、甚至是基本的生存利益被多數人的表決犧牲掉，而造成少數人陷入走投無路的絕境中，例如你是非常清寒的家庭之子弟，原本靠著減免貧窮家庭子女大學學費的法律能讀大學而使得人生擁有對未來可以抱存一線曙光的希望；如果今天大多數人認為這條幫助你的法律對他們造成不悅的負擔而廢除了它（因為大多數人都沒有像你家這麼窮，所以要獲得大多數人贊成廢除它是不成問題的），你的一生的將深受打擊。

於是，像 Rawls 這樣的哲人便感知察覺到，當務之急是如何建構一套倫理學

³⁰² 請參閱 EJ, p. 96-97.

³⁰³ Posner 在思想上常出現令人不解的混亂，例如，他說（假設沒有訊息上的錯誤）基於平等的雙方互相同意之交易將帶來雙方利益的提昇。這是正確的、沒人會質疑。但他自己卻又畫蛇添足提出一種情形想要說明自願交易未必會造成純然只有獲利者，他的理由是自願交易的雙方固然皆獲利，但是有時卻傷害到交易之外的第三者；當然，這是指「外在性」（污染）的情形，的確也是如此。但他卻偏偏不引用「外在性」的例子，而其喜歡舉的例子就是在本書第一章註腳 65 所陳述的例子，請參閱之。他用這個例子想要說明「自願交易也未必只會造成獲利，因為雙方締約可能傷害到交易之外的第三者，而第三者可求償」。但是 Posner 使用這個例子卻顯示他的法律觀念完全錯誤。

說及社會制度，讓每個人在利益相衝突的社會中去被保障他的基本生存利益或人性尊嚴都不會被某一次他人陣營的「多數決」給犧牲掉。至於 Rawls 的辦法是什麼，將在本章下半段探討之。

4.2 Rawls 對個人權普遍保障的嚐試

如本章一開始所言，Posner 認為他的「財富最大化」價值觀不但能搭上當代最流行的、以 Rawls 為代表的尊重個人自主性的「康德派」倫理學的列車，而且還比 Rawls 的倫理學更優越。因此，筆者在此先簡短介紹 Rawls 的思想之宗旨，而後再反省批判 Posner 並沒有了解的 Rawls 哲學的根本用心及要旨，而其基本的價值信仰和 Rawls 完全不同，根本無法交談，如前多次所引用 Kuhn 的話來說，其彼此的學說是「不可共量的」(incommensurable)、是服膺不同的終極價值信仰的，故無法就倫理內涵的角度上評比好壞的，故筆者認為 Posner 的學說也無從說比 Rawls 的思想更優越。

4.2.1 人之侵犯性與求自保之本質

由上面的論述可知，一條法律通常只能得到多數人、甚至只是勉強過半的人之支持，而不支持的人在這條法律之下往往是利益受損的。那麼，人類用這種方式去規範社會生活的正當性何在呢？為什麼可以用這種方式解決問題呢？顯然，人類由過去「以力服人」的歷史中經歷到高壓的統治型態、其經常伴隨的現象是統治者的殘虐及被壓迫者的武力反抗，這終於讓人覺得成本太高；又隨著哲人提倡人權思想，平等觀念萌芽滋長，人們漸漸放棄武力的統治型態而走向民主社會，對事務的解決採用「少數服從多數、多數尊重少數」的原則相互妥協忍讓。

儘管在每一次的表決中必有不滿意的少數一方，但是只要整個體制不是把人已經逼上絕路，則在一次個別表決中失利的一方通常還不致於僅因此就說是完全被犧牲、被逼走上絕境的一群；這是因為人們也都知道，社會要存在並穩定，一定有賴於大家的合作，「...因為每個人的幸福生活都依賴於一種合作的制度，若是沒有這個合作的制度，沒有人能擁有一個滿意的生活。因此利益的劃分就應該被做成能推動每個參與這個制度中的人都情願合作，包括那些處境較差的人」³⁰⁴。若是把別人逼上絕路，則當這些人發覺到自己在這個社會中將成為永遠沒有希望的一群時，他們就不會甘心再參與這個合作，甚至起而反抗（例如被逼上絕路者鋌而走險成為竊盜、綁票犯或變成游擊隊），則到頭來對大家都沒有好處，也不可能有一個穩定的社會³⁰⁵。因此通常在一個個別表決中擁有多數的一群，也

³⁰⁴ Rawls, 同註 2, p. 15.

³⁰⁵ Rawls 說：「...諸個人的計劃必須被互相配合在一起，以至於他們的活動能彼此相容，並能被

會為對方留下餘地。因為如果每次大家只要有多數就完全不顧慮少數人，則在千千萬萬次的表決中，每個人都可能有時是站在少數的一方，到最後這個機制又崩潰而重回武力解決的老路，對大家都不好。

憲法規定的架構可以說就是人們為了防範多數肆無忌憚地欺壓少數而預先達成的相互克制妥協下的產物。然而 Rawls 所操心的是這個基本的架構要如何訂定才能夠徹底保障沒有任何人的尊嚴被犧牲掉；因為，即使是在這樣一種所謂現代的民主憲政制度下，仍不能確保一定沒有人會淪為徹底的被犧牲者。雖然如前所述，人們通常會有相互的克制與妥協，但是人在社會上畢竟是天生不平等的，這種不平等若沒有一套法律制度加以限制，仍將逐漸進一步累積加劇為後天制度上的不平等，使得強勢者逐漸取得絕對主宰者的地位；固然強勢者必須顧慮對弱勢者若是欺壓太甚而引起反彈會傷害到強勢者自己，但是**實際上強勢者有許多精緻的統治技巧可以運用**，即使仍保持民主憲政的社會形式、表面上每個人民也都有投票權，但實際上整個國家是被大資本家、少數幾個財團大家族、及與之勾結的官僚和政客所主宰；統治階層可以技巧地留一口飯給人民吃而又不引起激烈的反彈，或者社會上絕大多數人可以聯手起來犧牲掉社會上最弱勢而且反正是無力反抗的極少數一群，例如弱智、重度殘障、孤苦年老者，而藉此省下一大筆社會資源。

Rawls 由追求自我實現的每個人了解社會需要分工合作每個人才能夠過得更好、更方便自我實現³⁰⁶，而在社會這個合作的體系中只有每個人都能感受到加入這個體系是有所希望的、不是永遠淪為被壓制在社會最底層的輸家，他才會有自願加入這個合作的體系。但是又因為每個人在這個體系中都想多分一點，或至少不希望吃虧³⁰⁷，因此人類知道必須趕快找出一套、也願意找出一套人人都可以接受、人人視為正義的用來分配權利與義務制度，否則社會永無寧日³⁰⁸。於是 Rawls 走上一條建構社會契約論的道路。

4.2.2 由人性推導出成就社會穩定合作的兩個正義原則

然而正如所有明白人性及世理的人皆知，只要人知曉自己的特定立足點與特

實行，且不會讓任何人的正當期待被嚴重的挫敗。...社會合作的制度必須是穩定的：...若是缺乏對於認同什麼是正義、什麼是不正義的某種衡量尺度，顯然對諸個人而言，會更困難去有效地協調他們彼此的計劃...。不信任及憤恨不平將腐蝕文明的紐帶，懷疑和敵意引誘人做出他們在另一種情況下會避免去做的事」(同上 p. 6)。足見在一個人人擔心生存安全受到危險的社會中，人性將被環境嚴重扭曲而做出不可思議的事；例如希特勒故意製造猶太人威脅德國人生存的假像、所謂一個「仇敵圖像」(Feindbild)來煽動仇恨以便作為人民支持其政權的動力，而導至德國人做出不可思議的非理性瘋狂行為。

³⁰⁶ 請參閱 同上 Rawls, p. 4.

³⁰⁷ Rawls 很生動地說出人的心態：「..人們對於他們所多生產出來的利益應如何分配並不是無動於衷的，因為每個人為了要實現他人生的目的，每個人都希望多分到一點、而不是少分到一點」(同上 p. 4)。

³⁰⁸ 請參閱 同上 p. 5-6.

質，自私自利的人們之間一定永遠不可能達成一致的同意的。如林火旺教授說的：「...我們不難發現，對於何謂社會正義的問題，如果讓每一個人在現有的知識情況下，提出自己的主張，...每一個人一定會朝自己最有利的方​​式定義正義原則，其結果不是沒有辦法達成共識，就是有人會因為擁有較大的權力而脅迫他人妥協，接受有利於他的版本，不論是哪一種情況，都會使社會無法形成一個穩定的合作關係」³⁰⁹。如 Rawls 自己說的：「..沒有一個社會能依嚴格字面意義而言被說成是人們自願加入的合作之制度。每一個人都發現他生來被放在某些特定社會的特定地位上，而這特定的地位的性質實質地影響其人生的前途。但是一個滿足了作為公平正義之原則的社會，已經接近一個能夠成為自願合作制度的社會，因為它符合了自由且平等的人們在他們處於公平的情境時所會同意的原則。就此意義，這種社會的成員是自律的，而他們的義務是自己加諸給自己的」³¹⁰。

因此，只有人們處於完全無知於自己的特定立足點及特質、即處於 Rawls 所謂的「無知之幕」(veil of ignorance)背後(即 Rawls 所謂的「最初狀況」[original position])來締約才有可能達成一致的協議，即完全無知於自己的性別、人種、外貌、才智、健康、家世、國籍...等等一切背景。這種情境才能使人的思慮脫離私欲的罣礙，他認為這是類似 Kant 道德哲學中人已不再屈服於感性世界的七情六慾對理性的干擾及左右的狀態，人們才有可能共同得出一個一致同意的社會契約來讓所有人自行遵守。Rawls「之所以提出『最初狀況』的假設，設計出『無知的面紗』就是因為他想要創造出一個產生自律的環境。在此環境中，人們不再以個人的特殊利益為標準，而是站在不偏不倚的立場...。『最初狀況』可以說與康德哲學中理性世界具有同樣的意義，它起到了康德所要求的排除感性對理性的干擾的作用」³¹¹。用 Rawls 自己的話來說即是：「..人們藉著他們在最初狀況中其將會認到的諸方式行動，就顯露出他們的自由、以及他們不受制於自然與社會的偶然因素」³¹²。

Rawls 認為人性普遍具有「厭惡風險」(risk-aversion)的特質，人不會在這種不確定的情況下去賭著要選擇一種絕對有利於較優越的立足點與天份者、卻會使立足點及天份較低者陷於萬劫不復境地的社會制度；因為每個人都會擔心如果自己正好生為那弱勢者的，則豈不注定要過悲慘的一生。故在「無知之幕」的背後，人們將會考慮「萬一我不幸生為最弱勢者時，我還能如何獲得最多的保障、過一個起碼有尊嚴的生活」，Rawls 將這樣的考慮用拉丁文稱之為「最小情境下的最大值」(maximum minimorum)，並將兩個字合在一起，創造一個新字叫“maximin”³¹³。人類之所以會做這種選擇，「因為具有理性的人不願把自己的前途和命運建立在偶然性的基礎之上，他們的理性要求一種在任何情況下都能保障自己利益的必然性。他們關心的頭等大事是在最差的環境中取得最好的結果，而

³⁰⁹ 林火旺，倫理學，台北 2001, 287 頁。

³¹⁰ Rawls, 同註 2, p. 13.

³¹¹ 趙敦華，勞斯的《正義論》解說，台北 1988, 92 頁。

³¹² Rawls, 同註 2, p. 256。

³¹³ 同上 p. 154.

不是在最好的環境中取得更好的結果」³¹⁴。在這種思慮下，依 Rawls 之見人類將得到下列兩個正義的原則³¹⁵：

第一個原則：每個人都有平等的權利享有最廣泛的基本自由，而這些基本自由是與所有人所擁有的類似之基本自由相容的。

第二個原則：社會與經濟的不平等應如此被安排，使這兩方面的不公平

(a) 符合處於最不利地位之人之最大利益...並且

(b) 在公平的機會平等之下附著於對所有人都是開放的公家職位與社會地位。

這兩個原則是人們自己訂立、自己遵守的，即符合 Kant 所謂「自由」、即「自律」的概念；而耐人尋味的是整個社會若嚴格遵守這兩個正義的原則去制訂其法制，將會是怎樣的一種體制：首先第一個原則保障了每個人一樣的自由權，即法律地位上的平等，不會是一個封建身份階級的社會。第二個原則則饒富意味，它首先直言允許社會的及經濟的不平等，即暗示允許差異，如果一個人天份好、肯努力、運氣也不錯而成爲某方面的傑出人物因而名利雙收、日子比許多人過得好，這是被允許的，因爲社會的制度必須讓人人都有機會如此往上爬，這樣會給每個人都有奮發的「誘因」(incentive)，將能促進社會繁榮；但接下來它強調這種促進誘因與繁榮的制度要能使社會上的弱勢者得到最大好處，即富裕的社會能使國家有錢照顧弱勢者；最後又強調往上爬的機會是人人都有的，不會因爲階級（例如古代女性，及奴婢...等所謂「賤民」階級不得參與科舉考試）或父母貧窮繳不出學費而被剝奪這樣的機會。總之，爲了要讓弱勢者藉著社會福利或救濟能對未來有希望，一個給予每個人有奮發「誘因」的社會（將能促進社會繁榮）**將也最有能力供給弱勢者照顧**，讓它們能過個起碼有尊嚴的生活、甚至有機會翻身。故這種型態的社會一方面對有本事的強者也沒有加以限制（除了要抽他們多一點稅之外），而另一方面對弱勢者則也最有利，換句話說，「允許成就差異的設

³¹⁴ 趙敦華，同註 31, 56 頁。Rawls 本人在此也運用經濟學上在解釋「寡佔」(oligopoly) 型態市場時屬於「戲局理論」(game theory) 的「囚徒兩難困境」(prisoners' dilemma) 來闡釋人類的這種應該首先避免「最壞的情況」的謹慎（厭惡風險的）心態（詳見 Rawls 的圖表 [p. 269]）。

「囚徒兩難困境」即指張三與李四兩個共犯被逮捕之後，當下司法單位對他們的罪證仍不是蒐集的很齊全。司法人員可以很精明地將兩人分開隔離訊問，不讓其彼此知道對方向司法人員說了什麼。如果在這種情況下，張三與李四都不招認，則依司法人員自行蒐集到的有限的證據，兩人皆只會被判一年；如果其中一人供出全情而另一人不招，則招認者不會被判徒刑，而不招供者會被判處十年重罰；又如果雙方皆招供，則各判處五年的徒刑。

通常嫌疑犯不敢賭對方不會招供（儘管他們事先有約定一旦被逮都不坦承招供）而期待兩人都只被判一年，而是考慮萬一對方招供而我不招供的話，我會被判十年（最壞的情況）。反之，如果我招供，最差也只會被判五年（如果對方也招），最好還可以不用坐牢（如果對方不招）；因此司法人員運用這種困境，通常能讓嫌疑犯招供。「囚徒兩難困境」當然有待於刑事訴訟法上有對於嫌疑犯給予如「污點證人」等等減刑緩刑之類的規定才可更爲方便有效實行。

³¹⁵ Rawls, 同註 2, p. 302.

計要以提升弱勢的成就為前提」³¹⁶。

Rawls 的結論雖然很好，但是推論過程並非沒有可議之處，事實上依照當代語言分析哲學的敏銳批判精神，他的學說自然不免有許多可被批判質疑的推演或不堅實的預設，這些筆者將放在本書最後一章（第十一章）再詳細解析探討。在此，探討的重點只在 Rawls 學說所持的倫理立場（而非推論過程），而後方能評斷 Posner 對 Rawls 的學說所做的批評是否中肯合理。

顯然 Rawls 是站在人類高度擔憂自己將有可能淪為弱勢的立場講話的，並且想釜底抽薪地解決這個根本的問題。的確，這是一個人類普遍的人性，不僅是已經成為弱勢者的人正過著暗淡無望的悲慘日子而可能鋌而走險、作姦犯科，就算是目前並沒有這個問題的人也會擔心，因為不知道自己哪一天會被車撞成植物人、或出其它任何意外、或是年老之後是否會孤苦無依，或是家人有一天突然遭到變故而拖垮全家，過去台灣的社會尚未富裕、而也沒有健康保險制度時，許多公務員之所以抱著盡量索賄貪污的心態，也是出於擔憂未來一旦年老退休後得了重病之時，自己能否尚有一條生路，還有包括完成子女的教育讓子女能有前途。可見若沒有建立一個良好的社會制度來解決人類對自己淪為弱勢的憂心或已經成為弱勢者對社會的憤恨不滿，則將會對社會的良好運作及人性良知的健全發展造成嚴重的負面影響。也就是說，一個無法確保人性最基本渴望安全、尊嚴、及希望的社會制度，將會造成人性的向下墮落；而同情心、友愛等高貴的情操都將被詐欺、冷酷、甚至剝削所取代；人人為求自保、或者是已經陷於絕境的人，將做出加害於他人的事，這種社會將不是一個祥和穩定的社會，而是充滿著殘酷冷漠、暴戾之氣、人與人處處互相提防、也互相加害的社會。

因此，Rawls 的哲學是要建立一套基於所有人自主共同制定的、因而有普遍拘束力的制度，透過這套制度終極地解決源於人性之根源所必然產生的問題。

然而，Rawls 這套學說卻遭到 Posner 怎樣的詮釋與批評呢？

4.3 Rawls 與 Posner 基本價值信念的殊異與理論的爭執

4.3.1 古典自由主義對財富重新分配的典型批評

第一，就根本層次的道德價值觀而言，Posner 批評 Rawls 這套哲學給予不具

³¹⁶ 朱敬一/李念祖，基本人權，台北 2003，21 頁。

Rawls 的第二個原則又被學者稱之為「差異原則」（石元康，洛爾斯，台北 1989，52 頁），因為它表示 Rawls 允許社會與經濟的不平等，講明白一點，Rawls 並不主張吃大鍋飯、人人都住一樣、穿一樣。顯然 Rawls 所嚮往的社會型態是較屬於類似中西歐、北歐那樣的社會，而非東歐社會主義國家。這使得 Rawls 陷入兩面不討好的境地中，也就是讓他受到來自「左」、「右」兩方的批判，右派認為對最不利者的偏袒是沒有道理的，這將侵犯富人的財產權；左派則認為 Rawls 仍然允許財富差異、未達到大家完全一樣平均。

備生產能力者有權利要求得到資源的分配，即有權利向有生產能力者要求得到其財物，而根據 Posner 這種古典自由主義的信徒的看法，這是讓他們覺得忍無可忍的不道德之事。於是 Posner 批評道：Rawls 「..這種『最初狀況』的進路替那些不能生產者的請求權開了大門。...因此這種『原初狀況』的進路模糊了『享受的能力』與『爲他人生產的能力』二者之間的重要道德界線」³¹⁷。

第二，就促成「財富最大化」的立場來看，由於 Rawls 的終極價值觀是讓社會上的弱勢者能提昇到一定尊嚴水準的生活，而不是一國的總體 GDP 是否儘可能變大了，因此只要能實現 Rawls 的目標，即使該社會今年的財富總量下降一點也沒什麼關係（尤其如果這社會本來就很富裕）。

這種價值觀和 Posner 有極大的出入，因此 Posner 借用著名的經濟學家 Kenneth J. Arrow 的話來批評 Rawls。Arrow 說：「然而，長久以來人們已注意到，這種追求『最小情境下的最大值』（maximin）的理論有某些看起來幾乎讓人無法接受的意義。它意謂著狀況變糟的社會成員的任何獲益，無論有多麼小，都比某個生活得好的個體所蒙受的損失更爲重要，只要不把後者降低到前者的水準以下即可。因此，這裡可以很容易出現這樣的醫療程序，即它能讓人們僅僅剛好能活著、但沒有什麼滿足，並且它還是很昂貴的，因爲它讓社會其它人都降至貧困。一個『最小情境下的最大值』的原則顯然意涵著叫我們應採用這樣的程序」³¹⁸。Arrow 的批評當然是穿鑿附會太遠了、也太惡意誇張扭曲了（西歐的國家有讓每個人都降至貧困嗎？）。其實，如前所述，Rawls 也贊同一個能鼓勵有能力、肯勤奮者努力向上而自身得享更多財物與地位名譽的社會制度，因爲保有這種“incentive”絕對是對社會有利的，其能造就社會的富裕繁榮，而水漲船高之下弱勢者也能得到較好的照顧；Rawls 只是要強調，除了用市場機制的方法促進繁榮之外，同時無論如何不能忘了構造一個優先保證被創造出來的財富同時必能造福最弱勢者的社會安全制度，即使這個制度的建立會略微降低社會財富總量的產出也沒有關係。

而 Posner 在批評完了 Rawls 的主張之後，他又提出了什麼自認比 Rawls 更勝一籌的見解呢？其實他的見解非常簡短，只有語焉不詳的寥寥幾句話就講完了：「..我寧願想像真實的人，運用他們實際具有的技巧、能力及性格之天賦，在不確定條件下做出的選擇。這是一種自然的無知條件下、而不是在虛構的『最初狀態』完全無知的條件下所做出的選擇」³¹⁹。他的意思是堅決反對所謂在 Rawls 式的「無知之幕」下訂定契約，因爲這種在完全無知於自己的人身特質的方式下簽出來的契約將導至不能生產者也獲得請求權，而侵犯有生產者的財產權，不但使有生產力者蒙受損失、而且是對有生產力者的自主性的侵犯。反之，Posner 主張的契約之訂定，是在大家都知道自己的身分背景下（即知道自己的利益所在）、彼此都能清楚考慮自己的利益而後簽定大家都自願接受的契約，而這代表

³¹⁷ EJ, p. 100.

³¹⁸ 同上。

³¹⁹ 同上, p. 100-101.

大家的利益都確保獲得提昇，這種情況就像一般市場上交易的情形，雙方衡量預測市場未來的商機（當然一定帶有不確定性），而後依期待的獲利的金額乘上不確定性的因素的考量，來達成最後成交價格的協議，在成交時，大家都覺獲利而心滿意足。反之，如果在 Rawls 所設計的「無知之幕」這種狀況混沌不明的情況下訂立契約，由於人類“maximin”的擔憂心態，訂出來的社會契約將導至後來在現實社會中成為有錢人者會被弱勢者分走財產，而（依 Posner 之見）蒙受不公平的損失。

這裡，顯然牽涉到一個高度哲學思辨的層次。簡而言之，Posner 認為在「無知之幕」下的原始契約是讓弱勢者（僅以自己的生活不幸福為理由）而就有權利向有錢人索取財物，如第三章中所述，Posner 是深惡痛絕這種請求權的，因為他堅持只有自願、雙方合意的交易才是互利、唯一正當的交換之基礎。但是 Rawls 的哲學似乎不能以這種角度被解讀（Rawls 的理論是再談一個更基礎的層次），因為在「無知之幕」中訂定原始契約時，並沒有人知道誰是強勢者、誰是弱勢者，誰是富人、誰是窮人；而是大家自願同意將來凡是身為無立錐之地的弱勢者，都可以向有錢人要錢以改善到一定水準的生活。因此日後若是發生窮人向富人要錢的請求，這也是大家曾經「自願同意」的呀！並沒有侵犯任何人的自願性。

4.3.2 終極信念之殊異與兩種學說的不可共量性

顯然，Posner 和 Rawls 不但談的不是同一個層次問題，而且關心、體認也不相同。Posner 只是在談一般市場交易或說他希望把一切個案化為以市場交易的方式來考察、塑造，在這種交易中人人得以清楚考量其利益，而交換必須是自願的才是尊重人權。然而，這樣一來，他和 Rawls 所探討的問題便是完全不同的。筆者茲闡釋如下：

Rawls 所考慮的是人類最終極的擔心及如何建立一個社會安全制度解決這個「人性終極的擔憂」的根本的問題，因為若不解決它，將導至社會處在一種不穩定狀態，故 Rawls 寧可犧牲一點社會財富總量來解決這個問題也在所不惜。但反之，Posner 的哲學看起來好像完全不關心這個「人性終極的擔憂」之根本問題，而只是要人拚命追求財富最大化。

為什麼呢？其實道理很簡單，這是因為古典自由主義者早已信奉了不同的價值觀，因此對此問題已經有所定見、即依其倫理價值觀對此問題已有明白斬釘截鐵的答案了，所以不必再多言了。

古典自由主義信仰「私有財產權神聖不可侵犯」的天賦人權³²⁰。既然如此，

³²⁰ 並不是所有的古典自由主義者都明顯地抬出「私有財產是神聖不可被侵犯的天賦人權」來作為反對政府干預的理由。Nozick 是承襲 Locke 的天賦人權觀這麼說的；但是至於 Friedrich A. Hayek 並沒有明顯訴諸天賦人權，他是訴諸另外兩個理由，第一，他堅信一套「無知哲學」，這使他特別排拒人為設計的秩序，即政府的干預；他認為人的理性極為有限，根本不可能預先規劃一個藍圖；故他說：「人類的心靈無法預見他自己未來的發展」(The Constitution of Liberty, Chicago

古典自由主義認為「將有較大生產力者的財物分配給只有較小、或全無生產力者」是一種完全粗暴沒有道理的、侵犯有錢人辛苦自食其力賺來的錢的惡行，則國家就沒有任何理由從事財富的重新分配。而且我們可以在此以兩個饒富意義的問題來問古典自由主義者為什麼不在意 Rawls 所關心的問題：

第一，難道你們不怕社會不穩定？對此，古典自由主義會回答說：任何人的財產權是不容侵犯的，這是最高絕對價值！則一切都免談了。就算在**事實上**（「實然」〔sein〕的層面上）弱勢者會反抗而導至社會不穩定，這也只能譴責弱勢者；而不是因為弱勢者會這麼做，他們就變成應該有權利反抗（「應然」〔sollen〕的層面上），否則難道任何無權利者只要能造成一種「要脅」、「逼迫」令人恐懼，其主張就變得有正當性了嗎？其就變成有此請求權了嗎？

第二，你們不擔心自己就正好是弱勢者嗎？如果第一個問題已經澄清，其實就純理論上而言，這個問題完全是多餘的，因為古典自由主義者會回答說，一旦他們信仰財產權是神聖不可被侵犯的天賦人權，就是他們自己正好身為弱勢者，他們會寧可餓死也不會興風作浪、也不會要求財富重新分配，就算進入「無知之幕」，因為他們信仰財產權是神聖不可被侵犯的天賦人權，所以也根本不會、也無權做出 Rawls 所說的“maximin”的選擇，「天意」（天賦人權）是反對“maximin”的，人可以逆天嗎？人「逆天」（違反自然法）的抉擇有效嗎？當然，古典自由主義者這種「大公無私」的回答的真誠性令人質疑，因為贊成古典自由主義的都是強勢者（名利雙收的世界知名學者、或商場上的得意者），他們覺得自己不用擔心什麼（當然，我們不知道萬一有一天他們落難時是不是還這樣講）；但至少他們要這樣回答，我們在理論上挑不出其毛病，頂多只能說其立足於未能被證明的天賦人權之信仰上而已。而每一種倫理學最後都有其終極信仰。

在此我們明顯看見 Rawls 是站在 Posner 完全不同的終極價值觀在講話的，我們不必管誰的價值觀正確（或許兩個都無法被證明），重點是既然兩人的基本價值觀不同，而若是誰也沒有在理論上成功地駁斥他方的價值觀時（或者說這是每個人的「信仰」，根本沒有「證明」或「駁斥」的問題存在，只有自行去「傳

1960, p. 24)。當下的社會秩序只是人類不斷摸索、嘗試錯誤之下依目前階段所累積的經驗之暫時的結果，而非哪一個偉大的理性所預先設計的結果；他反對 Keynes 讓政府以拯救景氣為理由而變成計劃一切的大政府，政府介入做福利一樣被他反對。第二，Hayek 他極力強調「自發的秩序」（spontaneous order）（The Constitution of Liberty, p. 160），或是「自發的型塑」（spontaneous formation）（Individualism and Economic Order, Chicago 1948, p. 12）。他認為世界有一自然法則，社會秩序是在人類互動中自然被產生出來的，是被「活出來」的，而不是任何人預先構想的，是「人類的行動、而非人類設計的結果」，或可說是一個「非有意的結果」（unintended consequence）（石元康，當代自由主義理論，台北 1995, p. 59）；那一隻「看不見的手」自會神奇地把一切帶到它們最該去的地方。

至於 Posner 是否是訴諸天賦人權來反對政府的干預呢？Posner 作為一位非嚴格體系的思想家，並沒有很明顯的提出私有財產是不可被侵犯天賦人權觀念，但筆者認為他在行文中比 Hayek 更強烈顯露認為財富重新分配是一種違背道德、令人厭惡的國家惡行之想法，足以指明 Posner 認為我們無權利以他人的貧窮受苦為理由取走有錢人自食其力賺來的錢，甚至就算導至貧窮的原因是人力之外的不幸命運也不能作為貧苦人士請求權的基礎（請參閱 EJ, p. 76 and 100）。事實上，援用天賦人權的觀念是使得反對政府介入者有多一層的理由，使我們在與之論辯時，必須更加嚴謹。因此筆者在此寧可設定 Posner 具有「私有財產是神聖不可被侵犯的天賦人權」的信仰。

教」的問題)，其就沒有理由去說誰的理論比對方較優。

總而言之，Rawls 與古典自由主義者的終極關心是不同的，Rawls 認為人人擔憂自己淪為弱勢，故透過原始的社會契約人人取得要求享有基本尊嚴生活的權利，因此當自己成為弱勢者時便有權向富人請求財富移轉，而這並不違背雙方的自願。反之，古典自由主義信仰了上天注定人人的財產權不容侵犯（天賦人權），因此我們沒有因為擔心自己會不會淪為弱勢而就要求別人把錢送給我花的道理（縱然我們擔心，我們也不能用 Rawls 的方式來替自己找出路，因為那是逆天的、是違背天賦人權的，所以沒有簽定“maximin”原始契約的可能性）。我們依天命所剩下唯一該做的事只有確保在這個世界上有生產能力的人之間能依自願的方式去交易，因為這是代表對人權、人的自主性的尊重，而且經濟學又證明了自願交易的市場經濟制度是促進財富最大化的，雖然它不能保證弱勢者（或在自由競爭下運氣不好的落敗者）有飯吃、有前途，但這都不能拿來當成破壞「財物交換只能基於自願」的最高原則，因為「財產權不容侵犯」的天賦人權是神聖的。如果我會擔心自己有一天會淪為弱勢或是要想解決他人的貧窮問題，只有平時自己努力奮發並從長計議人生理財規畫、或是靠恰巧有人自願做慈善事業、或是因為市場經濟使社會更富裕而導至得更多人高興自願救濟窮人、或是即使最沒生產力的人因水漲船高而還能過得不錯...。我們應該用這些方法解決問題，而不是直接打有錢人的歪主意，也沒有 maximin 原始契約支持我們打這種主意；人若是想藉助 Rawls 的想法而免於淪落，對古典自由主義而言這只是一種無恥且懦弱的行為。我們可以由 Barber 對 Rawls 的批評一清二楚地看出，意識形態不同者是如何完全惡意、誇張扭曲地理解對方；如 Barber 極盡惡意誇張扭曲地說：「位於原初狀況的 Rawls 式的人，終極而言是一種極其可悲的生物：他們不願意進入有可能獲得成功的境地，只因為在那種境地中也有可能失敗；他們不願冒險去求取勝利，只因為其感到自己注定會輸；他們準備接受最壞的結果，只因為他們無法想像最好的結果；他們滿足於安全和知道自己不會比其它人更差，只因為他們不敢冒自由和改善自己生活的可能性之風險」³²¹。

由此可知，對於 Posner 這樣的古典自由主義者來說，既然已信仰「私有財產權神聖」，則「重新分配」的問題早已不必再議、早已不存在；因此，關心市場經濟的運作是其所剩的唯一課題，因為貧窮的問題依其價值信仰已注定不能用國家強行介入做重新分配的手段解決，而是只能用社會的富裕去解決；如果說像 Rawls 所描繪的那種在「無知之幕」下由人類（不信仰有什麼天賦的、不可被侵犯的財產權）自行立約而得出可以導至讓無生產力的人也有權利分享有生產力者辛苦創造的財物之結論，依 Posner 的看法而言，不但就純粹理論的層面上而言是侵犯天賦人權，就現實結果而論也只是會摧毀有生產力者的“incentive”、侵犯其人格自主性，對社會財富及個人權利都會造成重創。

³²¹ 引自 Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*（以下引為 PML），Cambridge (Massachusetts) 1999, p. 51.

4.3.3 學說正當性之檢驗在於各自體系內部的終極價值判準

最後，必須再探討先前已提及的一點，即 Posner 不認同「無知之幕」，反而是希望每個人在知道一己的特定立場下來協商交易，這意味著人人可以清楚地算計其利益，最後人人在協議成交時一定得到雙方或多或少都獲益的結果。Posner 這套思想用在描述一個市場上的交易行為是對的，但是將一個作為普遍強行規定的法律之立法表決視為一個全民的契約，筆者認為是有問題的，因為立場不同的眾人，在絕大多數的事態中都不可能達成共識，就算一個法案得到再怎麼高的比例支持，也仍有受害者、反對者，則不能保證這些少數人的基本人權不被犧牲。Posner 顯然低估、錯估了這個問題，因為他一開始想藉侵權行為法為例闡釋法律的立法過程都可被視為所有人一致簽定一個對自己能帶來利益的契約；然而這根本不會是事實。事實上，筆者認為這個問題的癥結，在理論上不難被釐清，茲說明如下：

幾乎在每一個法案的立法中，都不可能達成共識決（一致決），因此依 Rawls 之見，人們便以一個事先在「無知之幕」下被取得的終極價值標準（兩個正義原則）來作為每一條（並未得到一致決通過的）個別法律是否正確（或至少是還在算得上正確的框架內）的判準。於是，我們可以這樣理解：人們早就預料到，人們在知道自己的特定利益下基於私心必然是無法達成一致的意見，即在人間每一條個別的法律都不太可能能夠得到一致決通過；所以人們願意事先在「原初情境下」訂立終極是非的判準；這等於是說人們事先已經同意若以後每一條個別的法律只要不違背終極價值標準，則個別法案的反對者願意放棄抵抗而服從之（因為這是大家在「最初狀態」下其自己答應遵守的規則）。而由於 Rawls 的終極判準是一種社會契約論的形式下產生的，因此他可以宣稱其思想是一種建立在 Kant 式的人的自主性基礎上的倫理學。或者我們可以說：Rawls 真的有一個契約、一個得到全體人民同意的終極的契約，而用這個終極的契約去檢視、去控制其它一切未能得到全體一致同意的個別的法案；這就和今日各國普遍存在的憲法法院對各個立法或行政可做「違憲審查」（合憲性控制）是一樣的³²²。

反之，在 Posner 的思想架構中，他反對「無知之幕」下的原始社會契約，故並不存在一個得到全體人民同意的終極的契約；故當人們於每一條個別法律事實上也大多達不到一致同意時（雖然 Posner 一開始說會有一致同意，但遭遇批評後又放棄），他又如何判斷這條法律到底通過得對不對、有沒有人基本人權（當然，Posner 所要保護的人權與 Rawls 所理解的人權之內含是很不同的）被犧

³²² 換句話說，「原初狀態」下的原始契約，就是一種全民立憲的工作，只是其在無知下，立得是比憲法更抽象的基本原則、即「憲法原則」而已，但憲法將由此（兩個）原則而生。如朱敬一及李念祖兩位學者所說的：「其實，Rawls 的無知之幕的設計，原本就是一個理想的『制憲』設計；人們在無知之幕背後所完成的契約共識，也自然落實成為憲法的條文。由於前述憲法條文是在『無知』之幕背後協商完成的，不涉及任何個案的實體考量，其條文本身當然比較抽象而不具體」（朱敬一/李念祖，同註 36, 14 頁）。

牲掉呢？他沒有一套以一致決方式通過的終極價值判準來決斷最終的是非（如 Rawls 的兩個正義原則），那 Posner 要如何正當化那些並不能讓一切人都獲益的一條條的法律呢？

顯然 Posner 只能訴諸兩個方式。第一是他可以訴諸古典自由主義「私有財產權神聖不可侵犯」的天賦人權信仰來作為判斷。第二，顯然 Posner 更愛使用他個人提出的判準，即「財富最大化」，例如就汽車事故侵權行為而言，採用過失責任是能促成財富最大化的，故有正當性，雖然它犧牲了少數人的利益。

但是，如此我們便可以再追問，「私有財產權神聖不可侵犯」及「財富最大化」成立的理由又是什麼？當然，「私有財產權神聖不可侵犯」是一種價值信仰，不必再追問，信不信隨人而已。而「想追求社會的財富最大化」的基礎又是什麼？也是信仰嗎？或者是立基於人性的普遍事實嗎？如前一章所多次提過的，一個**不在意社會增加的財富能否保證為所有人民享有的主張，難以論證其為人性普遍事實**（這就是為什麼在規範汽車事故賠償制度的侵權行為法中即使採取過失責任制就社會總體而言能讓社會財富總量最大化，但卻仍得不到一切人民的一致同意之理由）；Rawls 也對 Posner 鼓吹不遺餘力的這種「追求社會財富最大化，卻不保證每個人都可以享受到成果」的價值觀能否為人所接受提出當頭棒喝的一擊，Rawls 說：「因為每個人都渴望保護他自己的利益、保護他去增進他自己認為是善的事物的能力，故沒有人有理由會只為了造就一個較大的滿意的淨額，就對自己的不斷蒙受損失忍氣吞聲。人缺乏強烈且持久的做善事的動因，一個有理性的人將不會接受一個的基本社會結構，僅因它能夠最大化社會利益的總數量，卻對此社會財富的增加對他本人的權利和利益有何持恆的效果無動於衷」³²³。故「財富最大化」能成為終極價值標準的立論基礎極為薄弱，比 Rawls 企圖證立人性追求一套社會安全制度以求自保的論述暴露出更多理論上的缺陷與不足，極缺乏說服力。

4.3.4 「財富最大化」作為正當性基礎的困難性與脆弱性

至此，筆者可以對 Posner 認為其主張尊重了人的自主性並且比 Rawls 的學說更優越的看法，做一總評。

如在 4.1.1 段落中指出的，Posner 首先鼓吹在一切事態中盡量採取市場自願交易的方式來解決問題，以表示他重視人的自主性。然而就法律統一強行規定的事務解決方法（即使其規定某事務應以市場的方式被解決），若是這條法律本身不是得到一致決通過的，我們就不能光是因為它規定事情應該用市場的方式被解決，就說它是尊重了一切人的自主性的；例如 Posner 建議規定收養嬰兒問題或黑白分班的問題應用市場交易的方式解決，但是如果並不是所有人都贊成這種事務法律應規定用市場交易的方式來解決（也可能大多數人正好是反對這種事務應

³²³ Rawls, 同註 2, p. 14.

用市場買賣的方式解決，即認為這種事用市場方式解決反而是傷害人的自主性），則我們就當然不能說「因為這條法律規定事情應用市場的方式解決，所以它就必然是一條尊重人的自主性的法律」。此理甚明。

我們必須再看看有多少人贊成例如收養嬰兒應用市場的方式解決；如果是百分之百的人贊成，問題好像就簡單了，但如果不是，則問題就很麻煩，我們必須面臨 Kaldor-Hicks 抉擇正當性的問題，在此，Posner 似乎僅能訴諸其體系最終極的價值判準來檢定一個眾人意見分歧的案例是否其抉擇有正當性，即訴諸其所信仰的「私有財產權不可被侵犯」之自然法、或是「財富最大化」原則；如果符合，那才是尊重人的自主性的立法。但是「保護私有財產」顯然在此無法起決斷作用（因為這根本不是單單以錢能決定是否能產生幸福的事務）；而另一個標準「促進社會財富總量最大化」雖然適合這個議題，但是如前所述，其可成立的基礎何在？首先，人類也不見得認為在一切事務中都應單單以財富來作為判斷是非及行為取捨的標準。再者，就算要談財富，我們根本看不到人類有「關心社會財富最大化超過關心自己的獲利」之天性；人更關心「我自己的財富有沒有最大化」，而不是「社會財富總量有沒有最大化，而我被犧牲也無所謂」。

另外，由上述的反省，可以馬上察覺其實 Posner 的體系還有兩個更嚴重的問題：

第一，Posner 的倫理學架構中同時存在了「私有財產權不可被侵犯」及「財富最大化」兩個最高原則（兩個上帝、天有二日），他自認在自由市場機制下，此兩個原則必是調和一致的。但其實根本未必！尤其，如前所述，在法律及行政中許多涉及的都非自由市場交易的事態，世間的事情不是只有市場交易，而還有一大堆利益的衝突。如果一個法案或施政侵犯了一部分人的私有財產權，但卻可以促進財富最大化（反之亦然），則要如何判斷其正當性呢？顯然 Posner 的學說中不斷出現這個問題，而他的一貫做法總是在最後取「社會財富最大化」為終極標準，而犧牲對少數人（產值比較小的人）的私有財產權之保護（則為什麼此時「社會財富總量最大化」比「私有財產權不可被侵犯」更重要？他亦沒解釋）。則他和主張做財富重新分配的左派思想家一樣也在侵犯個人財產權，又有什麼資格批評他人呢？（只是一方是侵犯有錢人的、另一方是侵犯生產力低的窮人的財產權之差別而已）！

第二，如果就算好不容易真的有一個法案得到眾人一致決同意了，但此法案的內容是違背「私有財產權不可侵犯的」或違背「財富最大化」的，那究竟是以「同意」是正當性的判準呢、還是以實質的價值規範為正當性的終極依歸？如果除了「同意」之外還有其它的正當性之判準（「私有財產權不可侵犯的」及「財富最大化」），那同意或不同意到底還有多大的重要性？其實有多少人同意根本是無關輕重的事！那麼 Posner 談「同意」自始有什麼意義呢？當然，Rawls 的體系也面臨類似的問題，即在真實世界中對個別案件的表決不管多少人同意（就算全體同意），只要牴觸「最初狀況」下訂立的終極契約就是無效；但是至少在 Rawls 的體系中，終極的契約也是基於一致的同意而來的，是人們先一致約定給予終極

的契約這樣的效力，故 Rawls 的學說是真正基於同意、基於自主性；至於 Posner 的學說的終極基礎是在「天賦人權（財產權）」的信仰以及 — 如前面 3.4 及 4.3.3 段落所述 — （很難具有說服力的）「社會的財富總量最大化」價值觀，而根本非立基於「同意」之上。而且，「社會的財富總量最大化」才是他最終極、至高無上的價值標準，因此，我們可以得到結論，Posner 的權利理論並非立基於「同意」，而是一切都以「社會的財富總量最大化」為終極圭臬。但是為什麼要追求「社會的財富總量最大化」？為什麼它是一切正當性的基礎？如前所述，其學說所提供的理據非常薄弱。

是故，雖然每一位倫理學家的學說都不免含有預設或訴諸人性事實為立論根據，也的確無法說服一切人，但至少就建構學說時以其一貫性來展現的精密度、及訴諸人性事實時其引起同感與共鳴的說服力之強度而言，筆者不認為 Posner 的見解比 Rawls 的學說更為優秀。

總而言之，Posner 的思想，正如其自己後來在「法理學問題」第五篇的標題所承認的，是一個「沒有基礎的法理學」，或者應被稱為「沒有基礎的實用主義」更為適切；其學說並不存在一個有系統的倫理學基礎，只是以經濟學家直覺上理解的「追求財富最大化」的人性圖像在各種生活領域隨機地做直接的運用與比附；但是對於其合宜性、事態本質的複雜性皆缺少深入嚴謹的反省。

在眾多的人間事務之中，法律經濟分析自有其適用的分析領域；但若是越界、誤以為自己是萬能的而伸展到一切領域中，則就好像拿了一個錯誤的模型想要去解釋不屬於這個模型能解釋的複雜現象，宛如拿一個不適用地圖行路，最後只有誤入歧途的結果。也許有人會說 Posner 也是希望大家生活在富裕中的，只是他們古典自由主義想像的方法、路徑不同。的確是如此！但是錯誤的路徑與認知自然是不能達到目的、而且是危險的，可能讓人走入萬劫不復的境地，則又怎能不加謹慎小心省思之呢！

第五章 財產法

5.1 財產權的意義

在本書第五章到第七章，將依次探討財產、契約、侵權行為這民法中的三大領域。

不同於在歐陸法系進入民法領域時首先探究的是訂立契約的諸般原則與類型（「債」），在 Posner 企圖分析一切個別法律領域的宏大志業中，第一個迎面而來的是「財產權」，即相當於歐陸法系的「物權」（並延伸到「準物權」），再加上當今重要新興的「無體財產權」，即「智慧財產權」（intellectual property）。另外，

在 Posner 的探討中還加入傳統上並不歸屬於物權的一種特許權，即從政府手上申請到對廣播頻道的使用權³²⁴。

從 Posner 探討的次序及在財產權一章中所規劃的內容來看，非常能夠突顯出其理念上的特徵，即古典自由主義及經濟人的精神：

第一，蓋服膺古典自由主義者，莫不將私有財產視為自由的前提而極力強調之³²⁵，並且深信私有財產制度是促成勸奮及妥善使用財產來致富的不二法門，如 Posner 所言：「法律對財產權的保護創造了有效率地利用資源之激勵。...只有透過在社會成員間劃分清楚對特定資源的排他性使用之權，適當的激勵才會被創造出來」³²⁶。

第二，作為倡導將經濟學引入法學的思想家，也必須採納經濟學家對「財產」及「財產權」較為廣義且鬆散（即不一定和嚴格的法律術語相吻合）的理解，因此他也在此探討了不屬於法律上物權概念的廣播頻道及對它的使用權利，如 Posner 說：「廣播頻道雖然就正式的法律觀點上不是財產權，但在經濟的觀點上卻是財產權」³²⁷。基本上，經濟學家關心的只是吾人是否對一種「有價值的資源」（valuable resource）以排他地方式（exclusively）、即專屬地使用之權利³²⁸；廣播頻道當然是一種被競相求取的稀缺資源（故亦被經濟學家理解為財產），其終極上歸政府所有³²⁹，但是向政府申請獲准的電台經營者可以說透過這個特許，在執照有效期限內「事實上」掌握這個電波頻道、有權利以排他地方式加以使用；如 Posner 指出的：「一個事實上的財產（de facto property）之概念...，具有廣泛的可適用性。有些經濟學家真的用『財產權』這一術語去描述每一種事實財產權的制度」³³⁰。

5.1.1 財產達成有效率使用的兩大條件

Posner 在《法律的經濟分析》的第三章「財產權」開始之 §3.1 段便舉例闡述私有制度及其所蘊含的排他性之使用（收益）之權利乃是資源被有效率運用的基礎：例如某人在某公有地上辛苦耕種，到了收成的季節他又無力權阻止任何人

³²⁴ 債權、物權、準物權（漁業權、礦業權），三者是歐陸法系傳統上所理解的「財產權」。但是在英美法傳統中，「財產權」指的即是物權，並不包括債權。

³²⁵ 即使並非英國古典自由主義傳統者的德國哲學家 Hegel 也說：「人之所以能為人，就必須擁有所有權」；「人只有能夠擁有所有權，才能夠合乎理性」（G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Leipzig 1921, p. 299）。德國憲法學者 Erwin Stein 也指出：「如果沒有財產權保障的規定，那麼基本法保障人民有發展人格的『行為自由』即只是一個空的公式」（*Zur Wandlung des Eigentumsbegriffs*, in: *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, p. 518）。把生命、自由、財產，三權並列，是兩百多年來普遍流行的通見。

³²⁶ EAL, p. 36.

³²⁷ 同上 p. 52.

³²⁸ 同上 p. 35.

³²⁹ 我國「廣播電視法」第四條第一項規定：「廣播、電視事業使用之電波頻率，為國家所有，由交通部會同新聞局規劃支配」。

³³⁰ 同上 p. 53.

來收割農作物，則將不可能有人要從事農耕活動了。又例如在一塊公有地上許多不同的牲畜主人都可以驅趕其牛羊來放牧，則大家一定爭先恐後盡全力剝削這塊土地，但卻沒有人想在上面施肥讓牧草能生長得好一點，因為投入的改善之成果極可能是為他人所利用；於是這塊地將迅速地枯竭，到最後大家都不利；許多公共設施往往都被民眾過度且粗率地使用而損毀，也是這個道理。作為自由經濟信徒的 Posner 以此淺顯的例子來闡釋：依照人追求私利的天性，私有制度及其所伴隨的排他性使用權利，是資源能被有效利用的前提。

然而 Posner 隨即指出，「排他性的使用」只是促成效率的必要條件，而非充分條件，而是如本書第一章所述，還要藉著允許自由交易讓資源流到最能善用它的人手中，才能夠促成資源的有效率使用。例如張三是捕魚的高手、但卻不會耕作，如今張三將繼承自祖先的土地賣給善於耕作的李四，而後張三去購買魚船，則雙方都從這交易中獲益。是故，Posner 歸結出：資源的「排他性」(exclusivity) 及「可轉讓性」(transferability) 是讓資源達到價值最大化的充分必要條件³³¹。

5.1.2 財產權的必然受限 — 相互干擾的不可避免性

這種充滿典型古典自由主義氣息、即高舉私有財產權絕對神聖不可被侵犯及自由交易為財物歸屬的唯一路徑的思想，對古典自由主義陣營、只需從事抽象思考的哲學家而言，應該就是其思想的終點了；但是對於 Posner 作為一位法律人，他了解在法律的世界中，縱使此法律體系是擁護私有財產的，實際上也不可能存在無條件的、澈底排他的財產使用方式；因為，人是相互毗鄰而居的、土地是相互接壤的，所以相互造成某種輕微程度的干擾是不可避免的、是合理自然的，我們只要想到民法物權中規範「相鄰關係」(我國民法 774 至 800 條) 的條文，就知道此乃最簡單的道理。因為，人不可能禁絕自高處他人土地的水流經自己的土地、也不可能因為樓上鄰居兩三片盆栽的葉子飄落到自己的庭院就要提起侵權之訴、也不能阻止袋地所有人通過自己的土地、或禁止鄰居煮飯的任何氣味飄入自己家中...。法律上「相鄰關係」的規範，試圖規範毗鄰而居者可適度利用鄰人的土地、但亦應注意避免損害相鄰的他方，而且也劃定對來自鄰居之干擾所需容忍的範圍。總而言之，這些法規軟化了「財產權絕對」的思想，如我國民法 773 條後段就已經總括地規定：「如他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之」。在應該被容忍的干涉範圍內，是法律本來就允許的，所以不論干涉者是否出自過失，即皆不成立侵權行為³³²。除非干擾已超越適當合理的程度，則自然才又回到侵權行為歸責的思考方式。

³³¹ 同上 p. 38.

³³² 如王澤鑑教授所言：「顯然的，並非所有的危害事故，皆可構成『侵權行為』，而歸由某人負責」(侵權行為法，台北 2002, 7 頁)。

5.1.2.1 在「不相容使用」之中求取效率的方法

「財產權絕對」只是不問世事、紙上談兵的哲學家之想像，或許僅較符合人們對擁有手錶、珠寶、皮鞋、衣服...等個人隨身私用物品的想像，但是並非是法律上實現的真相；特別是在相毗鄰的土地發生干擾的情況，一直是法律（侵權行為法）的重大課題，而這也吸引了 Coase 的目光、成就了其創造出使他揚名立萬的學說，同時也成為 Posner 在「財產權」一章中的重頭戲，並大量運用 Coase 的學說來解決問題。

為什麼財產權（特別是相鄰土地）使用時發生干擾（Posner 在《法律的經濟分析》第 §3. 6 段稱之為「不相容的使用」〔Incompatible Uses〕）的這個問題對於追求財富最大化的 Posner 而言有如此重大的意義。茲說明如下：

Coase 的學說由於在本書的第二章已探討過了，因此不再耗費太多篇幅，僅在必要範圍內於正文及註腳中簡要敘述。以 Coase 著名的例子來說，蒸氣火車頭會噴出火花二十公尺遠，駛過農地時容易引燃莊稼，傳統思考方式下的直覺反應將是「如何制止或處罰鐵路局」！

但是，Coase 認為不應該逕自制止鐵路局，而是應讓問題藉著市場機制自行解決（依現實情況會有非常多樣化且複雜的解決辦法），**前提是政府必須先明確介定一個財產權的歸屬**³³³，而不論法律怎麼規定（不論權利歸給誰），在假設無交易成本的情況下，雙方的協商都會造成一樣有效率、即最大財富的結果，**差別只在財富落在哪一方手裏而已**（而對 Coase 經濟學家來說，這只是財富移轉的問題，其就倫理學觀點來看是否正義，經濟學家沒有興趣過問）。而法律之所以要介入，依法律經濟分析學派之見，當然不是為了調整財富分配的倫理學問題，而是為了降低由協商的困難中所產生的交易成本。在此，哪一造應能得到權利，完全不受誰是「加害者」或「受害者」的預先偏見所左右，而是徹底取決於誰取得權利後較能降低協商時的交易成本（即避免較大的損耗），則就將權利判給他。

Posner 在受到 Coase 學說的啟發而從事避免或降低交易成本的努力時，根據 Coase 的靈感啟發，主張把權利歸屬給「最重視該權利的一方」，如本書第三章 3.3.3.1 段所述，即指能利用該權利去獲得最大利潤的一方；因為其有這個能力，故（假設其原本沒有這個權利時）他願出最高價去買；所以 Posner 認為其乃最重視這個權利的人。

假設，發生干擾的雙方原本在各自使用其財產時，其獲得利潤的能力是不同的，如果在相干擾時，我們把干擾權一開始就授予有能力製造較大財富的一方（甲方），則甲方就能免去日後因乙方抗議而必須向乙方購買此權利的麻煩，因

³³³ 例如政府若立法規定農地有權防止火花的侵入，但假設鐵路局的運輸是利可圖、且利潤大於農夫耕作的所得，便會向農夫購買地役權，叫農夫在鐵道兩旁各空出二十公尺不要耕作，或是鐵路局要農夫種植不易燃但價值較低的作物、而由鐵路局補償其價差，或乾脆叫農夫休耕而由鐵路局按原來農夫的耕作收入給予補償（看選擇哪一種方法較不會減少農產的價值）。反過來，如果法律規定農夫無權禁止火花的侵入，則農夫會自行空出鐵道旁二十公尺的土地，或改種不易燃的作物，或休耕；即其結果是一樣的，只是農夫不能得到鐵路局的補償而已，而要自行負擔損失。

為在和乙方協商時，會多了一個交易成本代價高昂的負擔。例如工廠的效益極大、但會製造達到某種程度的污染，如果賦予工廠製造污染的權利，則其附近務農的居民（其生產的獲利極小）對工廠就不能提出損害賠償之訴，工廠可以不理會居民一直生產下去，而農夫也只能默默接受損失。反之，工廠若無製造污染之權，工廠因為有較大獲利能力，假設其繼續經營工廠，其賺的錢大於污染對居民造成的損害，是以工廠會珍視此污染權而自然會向居民協商購買之（即工廠有能力在賠償農民的一切損失之後，仍可能有利潤可圖，故仍要經營下去）。但是協商的過程之中必遭對方刁難而在漫長的談判中要浪費不少資源。也就是說，工廠就算起初沒有被法律賦予污染權，它也會想要去購買此權。但如果法律一開始就賦予工廠此權利，則工廠會更方便。將權利自始賦予較能獲利的一方，是避免購買過程中耗費交易成本的良策，即 Posner 一再強調的：「...效率就是透過將法定的權利分配給將會購買它的一方而被促進的」³³⁴。但如前所述，一旦獲得權利，所節省的不止是交易成本，而是已獲得整個財產權本身，即根本連買都不用買了，當然不會因協商而花費成本。

但在這種情況下，農民還能得到什麼？一無所有！如何生存下去？

Posner 或者乃至法律經濟分析學派之擁護者的這種思想往往造成強者越強、強者凌弱、弱者被逼到無立錐之地的後果，因為產值較小的一方注定沒有獲得權利的可能性了，即到底弱勢者最後要靠什麼活？而且這種思考方式有一盲點，即固然工廠創造的市場價格是遠大於其排放污染所摧毀的農作物的價值（市場價格），但是如果我們的考慮是加上了農夫的生命（健康、壽命）方面的損失及環境品質，則農夫這一方損失的金額或許就大於工廠的獲利了（這可以解釋為什麼居民往往最想要的不是工廠的賠償金，而是堅持希望工廠停工而後搬走），則工廠就根本買不起這污染權（如果健康、生命無價的話）；如果這時候法律還賦予工廠污染權而讓工廠繼續運轉，那豈不是反而「得（工廠的獲利）不償失（農夫的損害）」、反而降低社會財富總量；除非農夫的健康、壽命、居家環境的價值都被忽略、都不被計算進去。這點筆者稍後會再加以詳細解釋。

由上面的探討可知，「干擾」（nuisance）的侵權行為問題，和經濟效率是息息相關的，它是衍生自財產權會發生「不相容使用」的內在本質、乃是一個無可避免的問題。這也是為什麼 Posner 在探討財產法時就已經花費了大量的篇幅在

³³⁴ EAL, p. 58. 並請參閱 EJ, p. 71.

Posner 指出另一個類似的例子（請參閱 EAL, p. 58-59）：如果在一大片土地上其所有權分屬張三與李四兩人，張三先蓋了一棟房子，故此房子採光良好。有一天李四也要在其土地上蓋房子，但若蓋得太近，會使張三的房子幾乎不見天日，嚴重影響張三既有的房子之價值。又由於 Posner 指出，通常後來才打算建屋者稍微退後一點距離（以免完全遮住先有的屋子的光線）所蒙受的損失會少於先建的房子的採光被完全破壞所遭致的損失。由此可知，採光權對先建屋者是較有價值的，因此如果法律沒有賦予先建屋者有採光權的話，先建屋者也會設法向尚未建屋者購買採光的地役權；所以，依 Posner 減少交易成本的原則，法律乾脆自始將「採光權」賦予先建屋者，讓他省下以後去購買的麻煩，因為協商購買可能遭對方刁難，雙方都浪費資源在協商中。反之，若是法律創設一種「寬闊視野權」並將之賦予先建屋者，這就大錯特錯了；因為這將使後建屋者幾乎蓋不成房子、或只能蓋很小的房子，則減少的資源利用之價值會大於先前所建的房子（擁有寬闊視野）的價值。

申論「干擾」的侵權行為，甚至在本章的第一頁他便開宗明義指出「財產權法與侵權行為法的重疊」³³⁵。

由上面的探討，吾人可得出的一個重大結論是，如 D. Friedman 所說，財產權不是「一個」權利，而是「一組權利」(a bundle of rights)³³⁶，例如對土地擁有所有權者，法律要同時在所有權之上黏附什麼權利，法律應讓土地所有權人有權禁止飛機飛越其上空嗎？禁止電波經過其土地上空嗎？禁止一切人、物品、音響、蒸氣...的進入嗎？能擁有其土地下發現的文物及礦產嗎？即法律人要思考「把哪些權利綁成一束」是最合乎「事物本然之理」或「事物之本質」(Natur der Sache)，而依法律經濟分析學派的理念，思考的判準是經濟效率；即吾人必須思索：若把某個權利賦予他，則其對社會經濟效率的影響後果將是如何，例如飛機可否飛越土地上方一英哩。顯然，如果立法者愚蠢地將土地所有權和禁止飛機飛越土地上方一英哩之權綁在一起，那就是錯誤的，因為土地上方一英哩對土地所有者幾乎毫無價值，但對航空交通而言此飛越權卻是至關重要的，即關乎人類文明及社會發展至鉅³³⁷；讓土地所有者有權禁止電波進入也是一樣荒誕不經的權利組合³³⁸。

總而言之，法律人應以促成經濟效率為主軸來設計權利的內容。這句話已道盡了法律經濟分析學派的整個企圖。

在相鄰土地發生「干擾」問題時，如何藉著法律對雙方擁有什麼權利的規定來促成資源有效率的使用，乃是 Posner 在對財產法思考的核心課題，如他所說的：「干擾的普通法可以被視為是一種 — 在土地發生衝突使用的情形中 — 藉著將財產權分配對他最有價值的一方，而改善資源配置的嘗試」³³⁹。

不過，在此我們必須避免一個誤解，即誤以為透過法律對權利的界定（即把權利判給產值較大的一造）就能提高社會財富的總量；其實這種措辭表達的精確性是有待商榷的、至少應再加以補充說明以避免誤解。事實上依 Coase 定理，在假設交易成本為零的情況下，法律不論將權利歸屬給誰，依雙方自由協商的結果，都可達到最大化的財富總量的相同結果，差別只是財富落在誰手中而已。因此，在事實上所謂的法律從事權利的界定來「增進資源的使用」，指的應是對交

³³⁵ EAL, p. 36.

³³⁶ David D. Friedman, *Law's Order*, Princeton 2000, p. 112.

³³⁷ 由於傳統的土地所有權範圍之觀念是「上窮碧落、下達黃泉」，如果飛機飛越土地所有者的上空被視為是「對土地的侵害行為」(Trespass to Land)而土地所有人得以禁止之，則顯然不符今日社會生活所需。如果不對土地所有權的概念做出修改，將影響經濟甚巨。透過制定法及判例，美國法確定飛機最低飛行安全高度以下者方能為私有土地所有權之範圍、或認為土地所有人對其土地上空的所有權範圍僅限於其能「直接企及」(immediate reaches above the land)部分、其能夠「占有及利用」(can occupy or make use of)的部分。除非飛機已飛至最低安全高度以下、或進入土地所有者直接可企及的上空，否則飛機飛越上方不能成立「對土地的侵害行為」之侵權行為（請參閱 潘維大，*英美侵權行為法案例解析* 上冊，台北 2002, 74-76 頁）。

³³⁸ 請參閱 Friedman, 同註 13, p.113。

³³⁹ EAL, p.56. 雖然我國民法花費二十七個條文（占物權篇八分之一）來詳細規範「相鄰關係」，足見這個問題的重要、困難及受重視，但是在今日人口稠密的都市生活中，民法這些規定早已不夠用。要規範人與人和平、尚能互相容忍的相鄰生活，如今是要靠大量的行政法規，包括由建築的規範到大樓住戶間的行為，亦可稱為「公法上相鄰關係的規定」來規範。請參閱 王澤鑑，*民法概要*，台北 2002, 522 頁；以及 劉振鯤，*實用民法概要* 五版，台北 2002, 266 頁。

易成本的避免（如果能透過權利的界定讓侵權行為之訴根本不能被提出的話）或降低。也就是說，法律能做的並不是真的再增多社會財富的總量，而是避免交易成本去耗損掉社會財富（在交易成本為零的假設狀態下所必能達到的固定最大之）總量。即我們應該要以「減少源於交易成本之不必要的耗損」來理解此處所謂的「促成財富最大化」³⁴⁰。

Posner 已經宣稱「干擾」的侵權行為是讓司法大顯身手實現如何促進財富最大化的場域。筆者由其著作中可以歸結出其兩個原則，而這也的確影響著許多法官的判決：

第一原則：哪一造預防損失的成本較低，就由其負起預防的義務。即所謂“the cheapest cost avoider of risk or damage”（用最低廉的代價就能夠避免風險或損害的發生者）的流行觀念。如 Posner 所說的：「用來判定干擾是不是不合理的妨礙之最常見的標準允許對以下因素從事比較：1. 污染者降低污染所負擔的成本；以及 2. 受害者忍受污染、或自行清除污染的兩種成本中較低的一個」³⁴¹。這個原則由追求社會財富總量最大化的角度來看，乍看之下非常合理；但若是由另一種倫理學來看，其實它仍有若干盲點，因為，有時可以用較便宜的代價預防損害發生的一方者，也有可能是極貧困的一方（雖然依照「規模經濟」，這種情形是罕見的）、或者更重要的是依照「事物之本質」並非應承擔預防義務的一方（就算他是較富有的）、或是他是無過失的一方；則吾人是不是能不問其它因素，就僅僅因為他預防損失的發生花費的金錢數目最少，所以就要他承擔？這樣的公平性仍有爭議³⁴²。

³⁴⁰ 由這個道理來檢視 Posner 所舉的一個例子（請參閱 EAL, p. 59-60）：假設某塊路邊的土地是有危險的（因為例如是廢礦場或中止工作的工地），兒童進入其中玩耍極易受傷。法律是要讓父母完全對其子女的安全負責呢？或是主張地主應基於「交通往來的義務」（或所謂「交易安全義務」）而負責？傳統歐陸法系的法律是主張後者，但並不是基於經濟的考量，所以不管地主盡善良管理人之注意義務的成本有多麼高，地主既然有此義務就該花錢去做。

但是現在我們依 Posner 的經濟學進路來考量之：

如果法律規定父母要負責，則可能父母其中一人要辭去月薪五萬元的工作，盡量日夜緊盯小孩，尚且不能保證小孩仍會偷跑到危險土地上，又假設這小孩要三年後才不會亂跑亂玩，則這表示父母要損失一百八十萬的代價。反之，如果法律規定地主有義務，則地主只需要花三萬元設立一道柵欄即可。如果我們說，「法律將義務歸屬於地主能增加社會財富」，其實這樣的說法依 Coase 的學說來看是有些問題的。因為，假設交易成本為零，則就算法律將義務歸屬給父母，父母也不會真的有必要放下工作三年而損失一百八十萬元的薪資，因為父母會私下去找地主協商，願意拿出三萬元替地主建圍欄。這樣一來，雙方財富減損的總量仍是只有三萬元。

依經濟學進路，法律之所以應該把義務歸屬給地主，只是為了避免交易成本（即如果沒有交易成本的存在，法律把義務或權利歸屬給誰，就社會財富總量的觀點而言根本會是一樣的）；因為一旦父母有義務而導至父母找地主協商，則地主會以一大堆的理由要求更多，即除了讓父母蓋圍欄之外，他們以圍欄帶來不便、不美觀...等理由刁難，要求另外的補償（尤其當地主知道父母若辭去工作的巨大代價時，協商會變得更困難，因為地主會要求很多）。最後，父母要和地主可能會在三萬到一百八十萬元之間達成協議，但是協商的過程又將多額外耗損不少資源。

由此例子也可以證明 Coase 發現了過去未曾被重視的交易成本竟是決定經濟效率的關鍵點，無怪乎成為學術上的重大事件，開啓了經濟學的新視野。

³⁴¹ EAL, p. 70.

³⁴² 「哪一造預防損失的成本較低，就由其負起預防的義務」對於貧富是中性的，即如果依此原則，要負責的有時是富人有時也可能是窮人。另外一個原則是「由較有經濟能力承受損失的一方負責預防的義務」；就注定是富人要負責，Posner 顯然不太認同這個原則，因為如果單憑這個原則，這會削弱資本家的競爭力，不符合財富最大化的標準；這個原則在現實上也的確較少被提起

依照 Coase 的學說，如果沒有交易成本的存在，則不管把權利（或義務）判給誰，其實都會以最便宜的預防損害方法解決問題，因為即使法律把預防損害的義務加諸用比較昂貴的方法才能夠預防損害的一方，那一方還是會跑去和對方協商，如本章註腳 17 的例子所示；而現實世界中之所以不能如願，是因為交易成本在作梗。所以，若吾人只以追求社會財富最大化為目的、不問人道及公平正義等問題，則將預防損害義務加諸於「用最低廉的代價就能夠避免損害發生者」以避免交易成本，是正確的方法。但是人不能夠不講人道及公平正義。

第二原則：**將干擾的權利賦予能製造較多社會財富的一方**。如 Posner 說的：「只要侵擾者能證明他與受害的地主的使用不相容的土地使用能產出更高的價值，那麼他（侵擾者）就能獲得勝訴」³⁴³。這個原則的爭議更大。例如某工廠每年將創造一千萬的財富（包括老闆的利潤加上員工領到的薪水），而鄰近務農的居民們在無污染的情況下只能創造十萬的財富。許多人也許直覺地想說，當然要犧牲小的、成就大的；但是若以 Coase 的學說來解析之，結論雖然和一般人的直覺一樣，但推論的過程就有一點不一樣了。依 Coase 而言，如果工廠的污染將使農夫的莊稼死光，而工廠有污染權，則社會財富總量是 1000（工廠的獲利）+ 0（農夫的獲利）= 1000。如果工廠無污染權以至於必須拿出十萬元賠償農夫的損失，則社會財富總量是 990 + 10 = 1000。其實社會財富總量是一樣的。但問題還是只在交易成本，因為如果工廠消除污染的唯一方法是購買價值一百萬的除污設備，又工廠無污染權而必須找農夫協商補償事宜時，農夫不會輕易接受十萬元，而是會在十萬到一百萬之間和工廠周旋，漫長的協商過程中又將平白額外耗損許多資源。因此，將干擾的權利賦予能製造較多社會財富的一方就能讓協商不會發生，當然交易成本也就不會發生；但是這樣一來，產值較低的一方卻永遠要自認倒霉、接受損失而求救無門。

5.1.3 正義的損失，抑或同時又伴隨「財富」的損失？

剛才已說過，在假設交易成本不存在的情況下，有或沒有將干擾的權利賦予能製造較多社會財富的一方，就社會財富總量的角度而言是完全一樣的，因為我

（不過，本來在大部分的情形下，預防成本較低的一方正好也已是經濟能力較強的一方，這是「規模經濟」的一般自然結果）。

而上述這兩大原則在討論信用卡遭盜刷的問題時極常被提出。蓋於信用卡契約上（定型化契約）常訂定：「持卡人的信用卡如有遺失或被竊，發卡銀行承擔掛失前二十四小時起遭盜用的損失」。即「掛失前二十四小時以前」的損失須由消費者自行負責，這引發是否違反誠信原則之爭議。台北地方法院有判決（民事八六年度簡上字第五八二號）認為銀行的定型化契約確實違反誠信原則、顯失公平，故無效。其判決理由即認為發卡之金融機構有受專業訓練之人員，有較高的預防能力；而聯合信用卡中心與特約商店簽約時，亦可課予商店一定之注意義務；且發卡之金融機構亦有較強之經濟能力承擔損失，又尚可藉保險、提高商品服務的價格、及其它方式轉嫁一己之風險；固應由發卡之金融機構承擔風險。（請參閱 王澤鑑，民法概要，同註 16, 187-188 頁）。

³⁴³ EAL, p. 61.

們不能依一般人的直覺說：「如果工廠有污染權而不用賠，則社會的財富就增大；如果工廠沒有污染權而必須賠給農夫，則社會的財富就減縮了」。因為，工廠得、農夫就失，工廠失，農夫就得；相加的總量是一樣的。

是故，「避免花費交易成本」才是法律經濟分析學派堅持要把權利賦予能製造較多社會財富的一方的理由。但是這樣做是粗暴地踐踏了人權，等於大資本家注定可以欺壓窮人，而窮人的死活只有聽天由命了。總之，Posner 爲了避免弱勢者在談判時刁難資本家而產生交易成本去耗損社會財富，便採用「把權利賦予能製造較多社會財富的一方」的原則；但這將會使弱勢者陷於任命運擺佈的窘境。

如果要追問 Posner 爲什麼非採取極端袒護工廠的立場不可，則問題的答案就在於實際上居民與工廠通常是無法達成私下和解的（例如工廠定期支付農民一筆補償金，而農民答應工廠繼續運轉下去），即甚至工廠拿出其總利潤作爲補償，農夫們仍不願接受和解，換言之，通常受污染的居民真正要的是工廠必須馬上停工、搬遷，即受污染的居民認爲其健康、壽命、環境是「無價」的。是故，工廠的存在不止是毒死農夫們價值十萬元的莊稼、還帶來環境美感的破壞、健康壽命的減損...，農夫們認爲這些損失是無價的、是加起來大於工廠每年一千萬的金錢，即若工廠最大願意補償的金額是其最大獲利極限的一千萬，農夫們仍不願接受、仍只要工廠停工，因爲每位農夫皆認爲其損失大於以一千萬平均分配給他們每一個人作爲補償的金額。在這種情況下，照理說法院判工廠停工才是真正促成財富最大化的，因爲工廠若繼續生產只能爲自己創造一千萬、但卻同時製造大於一千萬的損失給別人，豈不是越運轉反而越減少社會財富總量。

5.1.3.1 無力對「沒有市場行情的價值」事物的評價

但是，在居民要求工廠停工的訴訟判例中，Posner 卻稱讚那些對工廠有利的判決。爲什麼？問題的癥結就在「主觀性價值」（或說是「沒有市場行情的價值」）是被 Posner 澈底否定的，這一點筆者在第三章已詳細闡述過了。農夫認爲其蒙受的損失超過一千萬、甚至可以說精神的愉悅是千金難求的，故農夫的損失難以估計，但是 Posner 卻不這麼認爲，因爲他只想以具體有「市場價格」的損失來衡量，因而居民只有自行承受這些精神及健康的損失。

由此可知，法律經濟分析的思想並沒有辦法給予人格尊嚴獲得一席之地。對於像工廠污染這種造成健康、壽命、環境美感的損害，Posner 要怎樣的估價而後來取捨是農夫或工廠應獲得權利？這一直是法律經濟分析學派沒有說得很清楚的一點。如果以農產品的市價來估價（農夫能創造的財富）、或以農夫就醫的醫藥費來估價（工廠造成的社會財富減損），則農夫這一方還算或多或至少在天秤秤的一端是有一點「價值」的（只是沒有另一端工廠的價值重、所以最後還是要輸掉權利）³⁴⁴；但如果 Posner 以農夫生命的市場價格來估計，則其市場價格是「零」，因爲，如第三章已解釋過的，平凡的人（其工作是人人都會做的、而且社會上不

³⁴⁴ 但如果居民是不能工作的老人、小孩、殘障者，則依其產值來估價的話，其「價值」是零。

缺乏他這種勞動力，即其就算不能做或不存在了、也源源不絕有人會補上其位置、不會影響社會生產總值），則其健康、生命，若僅以市場價格而言是零（根本沒人在乎其生病、或短命、或死亡）。

但是，若是工廠周圍住的都是有特殊才能智力、「身價」不凡的人土，或是這塊土地風景優美、開發成觀光區將可大發利市，則經濟分析的結論又將完全不一樣了。

因為 Posner 的哲學不承認、也不計算人性尊嚴本身的價值，因此他會認為受污染的居民損失極輕，故居民動輒提出工廠停工的要求實在毫無道理。

不僅如此，Posner 甚至乾脆更極端地不賦予受污染的居民任何權利，也就是連工廠的侵權行為都不能成立，理由是「行為只要產出的利益遠大於所造成的損害，就不成立『干擾』」³⁴⁵。這也是美國法庭確實下達過的判決，完全符合法律經濟分析學派的胃口。

而另外有一部分的法官不敢這麼極端，但卻仍偏袒工廠，其判決方式是判定工廠須給付農夫至今所遭受的損失之賠償金，但是法院也不答應頒佈「禁令」（injunction）要求工廠停工；也就是說，工廠賠償農夫至今的損失（而且大體上只計算有形的損失，如莊稼被毀、農民治病的醫藥費），但是工廠可以繼續生產。這種判決方式，即支付損害賠償、但不發佈禁令，是在美國法上存在的傾向³⁴⁶，值得進一步加以反省³⁴⁷。

5.1.3.2 純經濟思考下的人道困局與妥協的限度

總之，在純經濟的思考下，農夫若是遇上了極端宗奉法律經濟分析學派的法

³⁴⁵ 潘維大，英美侵權行為法案例解析 中冊，台北 2002，371 頁。並請參閱 前引的 EAL，p 61。

³⁴⁶ 請參閱 望月禮二郎，英美法，郭健 譯，台北 1997，193 頁。

³⁴⁷ 我們可以對此種判決加以分析：

就既已造成的損害而言，工廠因為故意或過失有侵權行為，所以人民可以對過去至今的損害請求賠償；在此階段涉及的是侵權行為法的問題。

再就工廠未來應否停工（假設此工廠無法完全去除掉污染，即使投入世界最先進的科學設備也仍會造成若干損害）而言，居民的請求權基礎在於例如我國民法第 767 條末段（**所有人對於....有妨害其所有權之虞者，得請求防止之**）。但是這項請求權的行使會被考慮到利益衡量的問題，法律上的考量例如是我國民法第 148 條第 1 項（**權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的**）；對此法條，我國最高法院的解釋是「**倘其權利的行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受的損失甚大時，非不得視為以損害他人為目的，乃權利社會化的基本內涵所必然之解釋**」（71 台上 737）。也就是說，對於工廠未來要不要停工，不免涉及利益衡量的問題。

而利益衡量一定會造成見仁見智的困難。例如，假設工廠的存在造福社會公益極大，而其鄰居只不過蒙受輕微污染，若就因這微不足道的污染居民就要讓工廠停工，則有傷害公共利益且濫用權利之虞。總之，居民要求工廠停工是否是「權利的濫用」，亦必須看居民主觀上有無損害他人的惡意，另外又必須從客觀上看其權利之行使造成一己所得與工廠之所失的比較是否相差懸殊（請參閱 施啓揚，民法總則，台北 1983，384-387 頁）。然而，如果此地居民人數恰好很少，其損失與工廠的損失相比之下乍看微小，但是此損失對每位居民而言至關重大、已足以使每位居民走投無路、健康嚴重受損，則能說居民有濫用權利之虞嗎？大或小是要拿什麼做標準？若用相互比較做標準時，涉及不同性質的事物又從何比較起？例如，「十個居民的壽命減低」與「工廠減少獲利三億」如何比較？

官，則法官甚至會認為工廠沒有侵權行為³⁴⁸，也不認為工廠應停工³⁴⁹；農夫在工廠有污染權之下只有自求多福吧！

或者，如果農夫的運氣略好一點點，遇上了沒有那麼極端的法官，這種法官認為工廠有侵權行為，應賠償農夫至今的損失。但法官經利益衡量的結果，不認為工廠必須停工（例如法官只承認工廠所造成農作物或醫藥費上的損失，但對於農民精神上的不愉悅或醫療未能完全恢復的健康等等沒有具體市場價格的損失未給予極高的估價，所以在利益衡量之下，認為工廠不必停工）。但如前所述，這種判決，農夫或多或少至少還可拿到一點侵權行為的損害賠償金³⁵⁰。

Posner 採取「將權利判給有能力生產較大有形財富者」的做法（甚至只要加害者的產值遠大於受害者，就連侵權行為也不成立），這將導至法律去保障有錢人可以漫無限制地宰割窮人之嚴重後果。試想，如果法律是反過來賦予農民擁有不受污染的權利，則第一，這將是逼迫雙方走向和解的一個驅力，如果私下和解成功，農夫可以拿到補償³⁵¹。第二，若是和解不成而走向法庭，照理農民可以向製造污染的工廠獲得至今的損害之賠償，並要求讓工廠停工。第三，就算法官在利益衡量下認為工廠不必停工，起碼還能保障農民或多或少得到一點侵權行為的賠償。

可見，如果是法律賦予農民擁有不受污染的權利，則可能的諸結果雖然會花費一些交易成本（包括訴訟的成本）、降低了一點有形的社會財富的總量，但卻能保障了弱勢者的生存。總之，筆者認為，**寧可藉著將不受污染的權利賦予居民，**

³⁴⁸ 因為法官認為工廠沒有過失。宗奉法律經濟分析學派的法官認定有無過失並非以「善良管理人之注意義務」為標準，而是以一種完全實證計量性的尺度、即「行為只要產出的利益遠大於所造成的損害，就沒有過失」為標準，這種尺度只考慮社會財富總量，對受害人的處境則毫不考慮。另外，還有一種更學術上精密化的用來判定有無過失的尺度是「邊際 Hand 公式」，也是一樣只考慮社會財富總量，對受害人的處境則視若無睹。這將在本書第七章中詳細探討。

³⁴⁹ 不應停工是因為法官認為工廠的生產沒有違反公共利益。而依法律經濟分析學派的標準，「社會財富總量最大化」就是公共利益，則既然工廠能創造的市場價值遠大於農夫，則工廠生產當然不違反公共利益。

³⁵⁰ 在此，有人或許會以此為理由為法官偏袒工廠的判決辯護，因為工廠的良好獲利將帶動未來後續不斷經濟的蓬勃發展、帶來難以估計財富及社會眾人因富裕的快樂，將超過農夫所損失的精神上的愉悅及健康壽命之價值。

但這個辯護並不具有說服力。因為，第一，這漠視農夫（及其後代）現今及未來的人格尊嚴的價值。第二，我們也可以大膽推論由農夫及後代的精神痛苦中導至實質金錢的損失，例如這些農夫的後代本來可以出現大科學家、大企業家，但因為其父母精神痛苦而個性變得暴躁甚至早逝、或因為生活陷入困境，以至於不能好好栽培小孩，使得本來能變成大科學家、大企業家的孩子淪為不學無術的街頭流氓及毒販。

可見，法律經濟分析必須面臨高度複雜的世界中無盡的變數，在其實根本無法精確預測的世界中盡量做猜測而已。

³⁵¹ 顯然，法律經濟分析學派正是為了避免協商所出現的交易成本，因此厭惡賦予農夫權利，故採取極端立場，認為工廠（能提供較大產值者）連侵權行為都沒有。這種激烈的做法是只為了追求經濟效率而完全罔顧弱勢。

Coase 對於交易成本的理解請參閱第二章引註 60。

雖然 Coase 沒有提到訴訟，但訴訟的費用亦應是交易成本。台灣大學熊秉元教授的見解亦與筆者不謀而合，他說：「降低交易成本有很多種作法，從社會整體的角度來看，主要可以從『財產權的界定』以及『解決爭執的程序』這兩方面來考慮」（熊秉元，天平的機械原理，台北 2002，112 頁）。故法律除了藉著決定權利賦予哪一造能夠減低交易成本之外，追求有效率的訴訟制度之設計亦是當務之急。

但又不輕易逼至工廠停工（除非其污染真的嚴重了），讓雙方付出若干交易成本後，而弱勢者亦能受到一定的生存保障，則是良策。總之，不宜爲了省掉交易成本而將污染權賦予工廠而讓弱勢者陷於「人爲刀俎，我爲魚肉」的任人宰割之命運。所以不應該採取極端的手段（賦予工廠污染權）來維護工廠，而澈底犧牲弱勢者也在所不惜。

5.1.3.3 純經濟思考下的人道困局與案例

在審視完 Posner 對「干擾」的理論基礎之後，我們可以由幾個實際的判例來探討。在 *Carpenter v. The Double R. Cattle Company, Inc.* (Supreme Court of Idaho, 1985, 108 Idaho 602, 701 P. 2d 222) 案件中，在 Idaho 州的被告乃是養有九千頭牛的牧場主人，因爲牛隻的排泄物引起污染而遭鄰近居於控告。在事實審（第一審），陪審團認爲被告不構成干擾行爲。到了上訴審，法官認爲一審的判決違背了美國法律整編侵權行爲法二版（Restatement of Tort, Second § 826 [b]）所記載之判例，依此先例之規定，即使被告的行爲產出的利益大於其造成的損害，只要損害的程度亦不輕，仍應被認定爲是「干擾」之侵權行爲，而負損害賠償責任，但是被告仍可以繼續經營事業。這即是筆者稍早指出的在美國流行的判決傾向。到了 Idaho 的最高法院，法官認爲上訴審所引用的判例有誤，其引用的 1960 年 *Koseris* 案之構成要件並非「干擾」的事態、故與本案不符，而該判例中對「干擾」問題所發表的意見屬於無拘束力的「法官附帶意見」(obiter dictum)。最後，最高法院推翻上訴審判決而採用 1953 年 *McNichols* 案之判決理由，即最極端擁護經濟至上的理由，「行爲只要產出的利益遠大於所造成的損害，就不成立『干擾』」³⁵²；最高法院多數法官更赤裸裸、毫不迴避地表示其經濟利益的考量，他們認爲「..該州經濟主要來自畜牧業及伐木業等容易造成環境破壞的行業。若對業主課予賠償責任，則影響大多數州民之就業及生計；而可能使業主面臨倒閉命運。所以在判斷干擾行爲之構成要件時，...還要加入行爲正面效益之判斷而從嚴認定。最高法院法官基於現實考量，爲顧及該州畜牧業產品對外銷售的價格競爭力，避免...影響該州產業生存空間，....判決被告因經營牧場而影響鄰近地區生活品質之現象，在該州乃屬爲發展大眾經濟所必須容忍之現象，基於『效益與損害比較原則』，判定被告行爲不構成干擾行爲，故原告不得請求損害賠償」³⁵³。

然而，在此案中，最高法院合議庭中對此不以爲然的少數法官發表的「不同意見」(dissenting opinions) 卻強烈反對這種政策導向的判決，他們說得已經夠明白了：「...業主經營事業，本身就應負擔所有經營成本，除內部成本...，....外部成本[亦] 應由業主自行承擔，再經由產品之價格，分散至全體消費者，而不應由鄰近少數倒霉的住戶承受。...總而言之，就經濟學角度來看，業主絕不會因負擔外部成本而輕易倒閉，更遑論影響就業及州民利益。....此外，將『行

³⁵² 潘維大，英美侵權行爲法案例解析 中冊，同註 22, 371 頁。

³⁵³ 同上 371-372 頁。

爲之效益與損害比較』這種不確定觀念放入客觀的侵權行爲樣態判斷標準中，反而會造成判斷上的混淆，實爲不妥」³⁵⁴。

又另一極爲著名的案例、亦被 Posner 引用的是 New York 州 *Boomer v. Atlantic Cement Co., Inc.* 一案。被告製造污染的水泥廠耗資四千五百萬美金，並有員工三百人，而居民的損害是十八萬五千美金（筆者按：顯然法院只計算了有形的損失，即這並不是居民自己認定其所蒙受的包括精神損失之代價總和）。第一審仍是獲得「被告支付鄰居至今的損害的賠償，但仍可繼續生產」這樣的判決；第一審法院承認該水泥廠有侵權行爲，但是顧慮被告的巨大投資及其正面經濟效益，法官認爲不應當對工廠發佈禁令³⁵⁵。

原告（居民）不服而上訴，上訴庭的法官大多反對第一審的判決，即他們並未強烈顧慮經濟效益，而是主張不論工廠停工會造成多大的經濟損失，只要有干擾行爲並造成居民相當損失，就應該發佈禁令；上訴庭引用了最高法院過去在 *Whalen v. Union Bag & Paper Co.* 一案的判決理由，針對過去那個案件最高法院的理由是：「是否同意禁止令，不能僅以比較原、被告的損害大小，作爲標準」³⁵⁶。然而，在此水泥廠污染一案中，上訴法庭仍提供了一個緩衝的空間，它取消第一審判決，發回重審，並判決由居民及工廠再一次試著達成和解，如果和解不成才由法院核發禁令；而在此，和解的內容是指達成一個永久性的補償，即工廠付給居民一次錢，一勞永逸，以後就可以永遠隨心所欲地生產下去了。

然而上訴法院仍有少數法官認爲這個緩衝的方法非常不妥，因爲這「似讓被告付錢之後，就可以繼續污染他人的土地。被告不會再有任何動機去改善其污染」³⁵⁷至於以前雖然也有判例規定雙方先試著達成和解，若和解失敗法院才下達禁止令，但是少數法官指出那是因爲當時的被告能製造極大的社會公益，「但本案並非基於社會公益，而是基於被告自己的利益，故有所不同」³⁵⁸。

筆者認爲，這亦是一個奇異的判決，因爲如何達成一個「指向永遠未來的一次支付的和解」呢（沒有人知道工廠會再經營多久？也許明年發生大地震或火災摧毀了工廠，也許因景氣不佳工廠很快倒閉，未來的污染情形又會是如何？居民有的人也許即將搬走，或未來新搬進來的又怎麼辦？）³⁵⁹？而且這種判決有「訴外裁判」之嫌。

由這些判例吾人可以得知美國的司法判決是具有高度彈性的、並且經常被政策的考量所滲透³⁶⁰。不過，對於法院是否應該做政策的考量、或只該依法保障權

³⁵⁴ 同上 372-373 頁。

³⁵⁵ 請參閱 張乃根，經濟學分析法學，上海 1994，96 頁。這個案件（*Court of Appeals of New York, 1970. 26 N.Y. 2d 219, 257 N.E. 2d 870, 309 N.Y. S. 2d 312*）當時此一耗資巨大的水泥廠，是號稱世界最大、設備最先進的（請參閱 張乃根，96 頁）。

³⁵⁶ 潘維大，英美侵權行爲法案例解析 中冊，同註 22，377 頁。

³⁵⁷ 潘維大，同上，378 頁。

³⁵⁸ 潘維大，同上，378 頁。

³⁵⁹ 對於未來新搬進來者，Posner 會主張其一樣已經得到補償了，因爲其購買此地房屋時所得到的低價就是補償。

³⁶⁰ 可以用一個更加匪夷所思的判例、並且也被 Posner 一筆簡短提到（請參閱 EAL, p. 70-71），來佐證美國司法的這種巨大彈性。即 *Arizona 州 Spur Industries, Inc. v. Del E. Webb Development*

利而不該顧慮經濟效率的問題，美國的法官們彼此之間也是莫衷一是、立場分歧的；Dworkin 與 Posner 兩大陣營的水火不容亦正是反映了這兩種主張的尖銳對抗。

5.1.4 政策工具性司法下的權利保護之危機

美國司法這種高度的彈性、政策導向的考量，將使得訴訟者的命運處在高度的不確定性中，即他們幾乎無既定的法律權利可言、沒有辦法基於既有的法律請求某個既予的權利。即 Posner 自己承認的，在每個新的個案中「當〔能被創造的〕價值改變，權利也必須被重新界定」³⁶¹。例如法律經濟分析學派的法官在確立「用最低廉的代價就能夠避免損害的發生者來負擔防止損害發生的義務」這樣的原則，則究竟由誰負責也會經常因為科學技術的變化而天天不同³⁶²。法的安定性被破壞殆盡，則人民將無所措手足。

Dworkin 批判這是一種「無法律，無權利」(No law, No rights) 的實用主義司法策略，即不承認既有的法律賦予人民固定可請求的特定權利。「實用主義」對既存法律採取一種完全輕忽、否定的態度，即法官在審判中根本不必顧及法律的規定，而僅需一心以判決是否能替社會製造出最大量財富為念。Dworkin 說道：這種「工具主義否認任何已成型的政治實踐史已經提供人民真正的權利義務基礎、憑此可用來與法庭抗衡。工具主義的結論就是司法過去的實踐〔全體判例〕仍沒有製造出任何司法的權利。工具主義相信法官沒有受制於判例，去違背替未來社會發展找到最好之判決的義務」³⁶³。

反之，依照 Dworkin 的信念，法官一心所念的應該僅僅是依既有的法律該判給人民其法律上既存的權利；法官管的是個人法定的 rights，即宣示既有的法是什麼，而不是在制定 policy、不能涉入行政者與立法者的領域；認同 Dworkin 者將強調：「立法者依照憲法加諸的約束，有追求他們自己選定的公眾福祉的自

Co.一案 Supreme Court of Arizona, 1972. 108 Ariz. 178, 494 p. 2d 700.：一個養牛的牧場製造污染，但該牧場原本四周毫無人煙，誰知道後來建築商到附近進行造市計劃，即建築商是所謂的“coming to nuisance”；都市建好後，搬來住的居民受污染之苦而向建築商抱怨，於是建築商控告該牧場。對這種情形 Arizona 州的司法認為原告（建築商）有過失、無權要求救濟（但是美國大部分州的見解正好與此相反，即認為“coming to nuisance”仍是可求償的）。同時法院認為被告沒有過失。但是法院又認為夾在兩者中間的居民之利益不得被照顧；最後法院的判決竟然是對牧場發出禁令，但是牧場搬遷的費用由原告（建築商）負擔（請參閱 潘維大，英美侵權行為法案例解析 中冊，同註 22, 380 頁）。這個判決有個邏輯上看來全不可理解之處，即為什麼原告要負擔牧場的搬遷費？這判決倒是比較像契約自由下一個私下和解的結果。

³⁶¹ EAL, p. 60.

³⁶² 請參閱 Dworkin, LE, p.277 and p. 281.

³⁶³ Ronald Dworkin, “Natural” Law Revisited, in: Florida Law Review, Vol. 34 (1982), p. 165-188, p. 183-184. 「實用主義」派的法官在審判時，以功效、群體利益為念；在審判中，他根本不關心訴訟者依法應有或沒有什麼權利，他完全忘了法律的存在，只獨獨關心怎樣判才能給國家經濟發展競爭力、國庫、就業率...這些事務能夠增進。在這種情形之下，訴訟者向法官依法提出任何基於法律的請求、權利的要求根本都是枉然的，因為法官根本不管法律；法官是在做政策，而不是在執法（請參閱拙著《法學方法論與德沃金》一書第 1.3.2 段有詳細的探討）。

由，...法庭的角色則是不同的。法庭被認為不是要去決斷一個權利的要求是否正好也符合公益，而是去判定權利的要求是否是既有體制所認可的，而法庭亦是這個既有體制的一個部分」³⁶⁴，對這一種權力分立的政治文化的尊重不應被破壞。但是，「實用主義」卻提供我們「一種對我們的司法實踐非常不同的解釋：法官的確、也應該做對我們的社會〔經濟上〕最有利的判決，而不認為司法實踐和過去相一致這本身有什麼價值」³⁶⁵。這種司法觀的盛行將有導至徹底掏空民權的結果之虞。

在經濟發展及保障人民不受污染的兩難之間，顯然採取 Dworkin 或 Posner 分屬兩個極端的做法都難以為社會找到一個圓融、兼顧發展與公義的出路。依筆者之見，這種事情的解決，在今日已需要政府更積極地藉著訂定行政法規及行政上的介入協調或調整來尋求一個平衡的可行之道。

污染問題是今日生活的常態，但 Coase 及 Posner 直接「將權利判給生產力較強大的一方」之方式是不可取的，這種思維只汲汲於社會財富總量之最大化，而完全枉顧弱勢者的生命尊嚴；而且這樣做有國家（法律）替強勢者搶劫弱勢者的權利及財產之嫌。Coase 為了避免這種嚴厲的指責，故主張在污染權的事項上，原本根本沒有任何人有權利，權利本來就是在訴訟後（下達判決時）才確定是屬於哪一方的、法院做的是面對無權的雙方做一個權利的「初始」配置，故國家隨心所欲為之，不能說是國家替強勢者搶劫窮人的既有權利。

不過，在一個以憲法保障人民生存權的國家，這樣的說法仍有疑義。

5.2 民法的效率思維

「法律在賦予權利與義務時應以促成經濟效率為圭臬來設計其內容」，這是法律經濟分析學派的終極標竿。在「財產權」一章中，Posner 也提出了一些法律制度上的實例，來佐證人類自古設計制度，都是要有其道理的、有用頭腦的，而其目的就是要促成效率。例如，雖然私有制如今被認為是有效率的，但是這也是需要其它條件相配合之下才會如此；是故原始社會型態不採私有制並非因為人類愚蠢不懂得追求效率，而是當時若採私有制反而沒有效率；例如在放牧的時代，因為大家都是文盲故難以實行土地所有權登記制度，或因為設立圍欄的成本太高，地廣人稀、牲口亦少、不必擔心牧草枯竭...等等因素，實施私有制反而無效率³⁶⁶。在此，Posner 顯然沒有提出很有說服力的解釋，倒是 D. Friedman 提出較為合情合理的說法，他認為在原始狩獵社會如果實施土地私有制，獵人追逐野獸到了他人的地界就必須停下來請求地主允許穿越，則獵物就跑掉了；反之，農耕

³⁶⁴ Kent Greenawalt, Policy, Rights, and Judicial Decision, in: Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence (hrsg. von Marshall Cohen), Totowa-New Jersey, p. 89.

³⁶⁵ Dworkin, LE, p. 95.

³⁶⁶ 請參閱 EAL, p. 39.

社會當然土地必須私有³⁶⁷。

Posner 又舉「善意取得」(Eigentumserwerb kraft guten Glaubens)制度為例³⁶⁸，例如某甲之物借給乙，卻遭乙無權處分而賣給丙；法律在保護甲之所有權、及交易安全經濟效率之間必須做一選擇；而法律若不選擇保護交易安全，則人人購買每一樣物品之前勢必要先去調查占有人是否有處分權，如此一來耗費的成本甚大。至於讓某甲喪失所有權，雖就正義上有可議之處，但畢竟甲向乙仍有多種的請求權（債務不履行、不當得利）可選擇對一己最有利的救濟³⁶⁹。又類似的法律制度設計之例子以保護交易安全即法律行為的無因性，在票據行為中甲因為與乙買賣而簽發支票予乙，事後甲乙兩人間的債權契約不成立、無效、或被撤銷，而支票因乙、丙之間的交易落入丙手中；當丙向甲行使票據上的權利時，甲不能以甲乙之間債權契約不成立、無效、或被撤銷為理由而拒絕對丙付款；如此一來方可確保票據的可信與通行、維護交易之安全³⁷⁰。

又如 Posner 提及「時效取得」(prescription)的制度³⁷¹，此源自羅馬法並被引申到國際法學理上的制度的確是涉及資源有效率被利用的重要制度。這種制度是否道德，難免見仁見智。然而其目的不外乎首先是督促所有權人善加、勤加注意並利用一己的財產，法律不保障長期對自己的財產荒廢疏忽的人，因為其長期讓有用的資源被閒置；再者是該財產在別人實際占有中已經形成新的既有社會秩序，則法律亦要考量安定與秩序，讓權利的歸屬恰如其權利行使的表象地確定下來³⁷²。

又若能盡量避免形成共有，也是促成效率的方法，例如我國民法第 814 條有關「加工」之規定「加工於他人之動產者，其加工物之所有權，屬於材料所有人。但因加工所增之價值顯逾材料之價值者，其加工物之所有權屬於加工人」。或者為了能使緊密相關的財產（如土地及其上的建築物）能盡量歸屬同一人所有而方便利用，我國土地法第 104 條第 1 項規定「基地出賣時，地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買之權。房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權...」³⁷³。

以上即是有關物權方面的法律在被人類設計時，如何才能夠促成效率以厚生的例子，皆可彰顯「促成效率」是法律在不嚴重抵觸正義之下廣泛被追求目標的。

5.3 智慧財產權

³⁶⁷ 請參閱 Friedman, 同註 13, p. 116.

³⁶⁸ 請參閱 EAL, 91.

³⁶⁹ 王澤鑑，同註 16, 602-604 頁。

³⁷⁰ 同上，321 頁。

³⁷¹ 請參閱 EAL, 90.

³⁷² 請參閱 丘宏達，現代國際法，台北 1995, 501 頁；及 王澤鑑，同註 16, 514 頁。

³⁷³ 我國民法第四二六條之二第一項的規定亦是追求同一之理：「租用基地建築房屋，出租人出賣基地時，承租人有依同樣條件優先承買之權。承租人出賣房屋時，基地所有權人有依同樣條件優先承買之權」。

「智慧財產權」是當代日趨重要的一個法律領域，但 Posner 並未對此開闢一個專章，而是將之附帶在「財產權」一章中討論。近年來智慧財產權的保護在海峽兩岸受重視的程度都迅速增加，這乃是智慧財產權保護國際化的趨勢下之結果，也可以說是被西方工業國家施壓的結果³⁷⁴。

5.3.1 保護智慧財產權的意義

保護智慧財產權的目的乃是在於鼓勵發明創造，增進人類精神與物質文明之豐盛性；而又因為從事創造發明者如果不能由其辛勤中得到回饋，他就不會努力去致力於研究開發；如美國憲法第一條第八款所言：「國會應該擁有權利...爲了促進科學和實用藝術的進步，給予作家和發明家，在限定期間內，享有本身著作和發明物的專利權」。

5.3.1.1 專利權

先就專利權而論，如美國總統 Lincoln 所說的：「專利制度乃在天才的火燄上添加利益的燃料」³⁷⁵。但不論是法學家或經濟學家，對專利制度此都是抱持「愛恨交加」的矛盾心態的；因為發明者一旦取得保護，首先，其獨家的產品便可能因為技術上的優越而奇貨可居，而他就可以使出獨占廠商的生產策略。獨占之後果即價格的提高及消費者因此減少，在經濟學上的意義即是沒有效率、或說是社會福利的減低；因為在經濟學上，商品的價格低、且讓最多的人能加以消費享用，才是效率。在本書第二章、特別是在 2.1.2.1 段落中已經探討過獨占者的產量（定價）策略，獨占者皆是「以價制量」或「以量抬價」，使產量停在邊際成本等於邊際收益（ $MC=MR$ ）之點上，即故意閒置部分產能而讓產量低、而價格藉此得以被抬高；但是這只能帶給廠商本身最大利潤，卻不能帶給社會最大福利。是故政府授予專利權便即可能是「授予獨占」，「...在授予獨占的情況下，每一種智慧財產權的生產數量小於社會效用最大的水準」³⁷⁶。

³⁷⁴ 請參閱 謝銘洋，智慧財產權之基礎理論 三版，台北 2001，152 頁。

³⁷⁵ 趙晉枚等著，智慧財產權入門 二版，台北 2003，22 頁。

³⁷⁶ 高希均，經濟學的世界：中篇，第二版，台北 2002，304 頁。雖然有人指出擁有專利權者並不容易就能擁有獨占的優勢，因為別家的商品仍可以為替代品。但是（以我國專利法之文字為例）一項發明既然能獲得專利，必須是「利用自然法則之技術思想之高度創作」（第 19 條），不能夠是「運用申請前既有之技術或知識，而為熟習該項技術者所能輕易完成（第 20 條第 2 項）」，而且申請專利之技術必須是可供產業上利用的（第 20 條第 1 項）。則可獲得專利之技術應大多對既有其它技術而言，有突破性的優點、有其他人的商品難以完全替代之功能，因此運用一項專利技術而生產的商品欲取得市場上的優勢是常可期待的。

問題只在於法律（反托拉斯法）究竟是要選擇針對獨占本身（在市場上能獲得廣大占有率）就加以制裁，或者要有待獨占者濫用其優勢的市場地位而再進一步排除競爭才加以制裁。（請參閱 謝銘洋，同註 50，176-178 頁）。如果法律只制止後者，則對於前者的情況所產生的無效率，唯一的

再者，發明者經常本身不是生產及經銷者，而必須透過授權由他人來生產及銷售，但因為其取得專利權，擁有極為強勢的締約地位，他為了追求最大化的自利，在與他人訂立授權契約時，便容易利用其優勢而造成排除競爭或限制競爭等不公平的經濟秩序。例如「搭售」(Tie-in)，即要求被授權人若想要得到專利權人的那一樣專利技術的生產或銷售權利，就不得不同時接受專利權人所欲一起出售的其它商品；另外還可能發生專利權人對被授權人交易的對象、售價、製造數量...等林林總總的項目都在契約中加以限制；首先是剝削被授權者，進一步是控制市場、最終也會剝削到廣大的消費者³⁷⁷。

然而專利制度固然有限制競爭之疑慮，但是由於獲得專利可得到利益，反而鼓勵許多人投入研發上的競爭，則這會讓新技術更快出現，就此而言則是鼓勵競爭，又提昇國家產業的競爭力，是有利的³⁷⁸。

吾人已經由以上的討論知悉到專利制度的利弊，這些問題也是各國的專利法及反托拉斯法要對付的，以求盡量能趨利避害的。然而 Posner 卻特別偏好從另一個角度來解釋專利法的立法目的，即「避免重複的投入研發而浪費資源」。這種詮釋只是以管窺豹、有時更充滿曲解，筆者對於他太過明顯的謬解就不加以耗費篇幅駁斥了，因為讀者一看便知。

Posner 列出專利法的五項措施，並認為第一、二、三、五種都是為了防止「避免重複的投入研發而浪費資源」³⁷⁹：

第一，專利權只有十七年，他認為因為時間有限，就會讓許多人沒有興趣投入研究，因為就算研究出來也只獨占十七年的利益。

第二，專利法不授予那些「顯而易見」、即很簡單、成本低、人人都會的發明。Posner 認為這是因為如果簡單的發明也能得到專利，則會有一大群人同時都投入此發明中而浪費許多資源。Posner 這個詮釋就算有部分道理，但也不算全對，因為，例如我國專利法上規定欲獲得專利之發明必須是「利用自然法則之技術思想之高度創作」不能夠是「運用申請前既有之技術或知識，而為熟習該項技術者所能輕易完成」，乃避免原本人人可自行發現而廣泛運用的技術一旦也屬特定一人的專利權，則廣大的人都要為了使用此一平常的技術而受剝削，同時也將大大限制大眾的自由。

第三，專利權應在早期授予，以阻止別人從事同樣的研發工作、浪費資源。這一點是符合 Posner 所說的理由的。

第四，必須是有實用性的發明。Posner 認為這可避免發明無用之物者也來申請專利權而浪費資源。如果某項被發明出來的技術是無用的，其實發明者很可能就不會要來申請專利權，因為就算獲得專利權，其也不可能獲利。專利權本來就強調「申請專利之技術必須是可供產業上利用的」，乃因為專利權是自我界定為

辦法就是只有在專利權上給予年限，在這保護年限內，就讓權利人可以採用獨占廠商的生產策略為自己謀利，但這總算有個年限，一旦專利權到期，其技術就人人可用了。

³⁷⁷ 請參閱 謝銘洋，同註 50, 282-291 頁；以及趙晉枚，同註 52, 243 頁。

³⁷⁸ 請參閱 謝銘洋，同註 50, 306 頁；以及趙晉枚，同註 52, 15 頁。

³⁷⁹ 請參閱 EAL, p. 43-44.

在實用產業領域上對有用發明的鼓勵。不過，的確爲了避免某些人動輒拿其沒有實用價值的發明來申請專利，這樣的規定仍是有必要的。

第五，基礎科學原理的發現不授予專利。依我國專利法第二十一條第一項第三款亦排除對「科學原理或數學方法」的發現授予專利。Posner 認爲這是因爲國家不希望太多人投入基礎科學研究。但試問衆多人投入基礎研究有何不好？Posner 倒是自己補充了其它的理由，即科學原理或數學方法是誰發現的，有時有鑒定識別的困難。但這也未必是良好的理由。主要是基礎的原理若別人不能用，則幾乎什麼事都做不了；再者純理論的發現尚未進入工業利用的階段、即未製成商品販售，也尚無利益保護的問題。因此不對發現者授予專利權。

5.3.1.2 營業秘密的保護

專利的申請是一個「必須把技術公開」的過程，發明者在申請的說明書上必須鉅細靡遺地述說其發明的技術內容（我國專利法第 22 條第 3 項），經審查委員會審定公告後，任何人均得申請檢視並記錄發明者的全部資料（第 39 條第 2 項）。也就是說，專利的申請將提昇社會的技術知識。而給予發明者專利權是一個回饋，因爲發明者提昇了社會整體的科技水準，而國家也給予他一段時間得享謀利的機會。

然而，許多廠商對於自己公司的技術發明，一方面想獨有、另一方面卻又不想藉著申請專利方式來保持獨有，因爲申請專利的過程其技術而被公諸於世，雖然別人在專利保護期限內不能使用，但技術擁有者仍害怕別人會因此得到啓發而另闢蹊徑、創造出更新、可取而代之的技術；或者其認爲（賭）其所掌握的科技若不外洩，那麼即使經過比專利權保護更長的時間，別人也不可能自行摸索出來；因此不使用專利權的方式來保護、而選擇公司自行保密是更有利的做法。此外，能讓產業保有競爭力的，不止是科技，其它包括其管理經營策略、客戶名單...都可能是其在商場上關鍵性的致勝之術；而這些機密並非科學技術、不能申專利權保護。因爲上述諸原因，除了專利權之外，在廣義的智慧財產權中，又有「營業機密」（trade secrecy）的保護。我國在與美國進行智慧財產權諮商談判中，因允諾美國而於 1986 年元月制定「營業秘密法」而實施，是全世界第一部就保護營業秘密的單獨立法。本法對營業秘密要件的界定頗爲寬鬆，其第 2 條規定：「本法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營資訊...」。由此可知，只要是涉及企業經營各項環節有利於促進其競爭力、且企業本身視爲機密並在內部自行採取保護措施者，皆成爲營業秘密，不必向官方有所申請或登記，只需在受到侵害之後請求救濟時提出證明即可³⁸⁰。

人們會質問，獲得專利權者之所以受到保護乃是因爲他的技術被公開了、貢獻了社會整體的文明，因此給予其回饋。反之，營業秘密法保護的是被個別廠商

³⁸⁰ 請參閱 趙晉枚，同註 52, 212 頁。

藏在自己公司裏的技術，即永遠只是其私利，卻反而給予無時間限制的保護³⁸¹。

然而，顯然營業秘密的保護就人性而言是一個不得已必須為之的保護。如上所述，有些資訊並不符合作為專利權保護的標的，又有些技術是企業認為不公開（不尋求專利權保護）而由自己保護最有利於公司保持競爭力。國家總不能禁止企業追求利益。如果國家不給予營業秘密保護，「將使事業以獲取他人之事業機密為能事，並使自行從事研究開發之意願降低，而以不正當方法自其他事業挖取營業秘密之情形將日趨嚴重，其結果將會使事業間之競爭惡質化，競爭秩序與產業倫理無以維持，產業之發展亦將受阻」³⁸²。

筆者認為，對營業秘密給予保護，顯然是順應「人之本性」（Natur des Menschen）的必要做法，是法律在權衡利害得失下不得不為的；而其利是大於弊，也是為了達成經濟效率的必要手段。

5.3.1.3 著作權

在著作權的問題上，Posner 指出，對於權利受保護的時間和未付費使用範圍的規定都是考量到在著作權人及使用者之間的利益平衡，即讓雙方都能獲得最大利益³⁸³。例如，許多創作都是立基於前人著作提供的靈感，今日的作家能自由地擷取前人的靈感，才會刺激更多好的作品之出現。依我國著作權法為例，著作財產權的保護到著作人死亡後五十年（第 30 條第 1 項）；則今日受益於前人靈感而成功的作家，其未來（死亡後五十年）自己的作品的靈感也能自由供他人所用。如果著作人都想保存權利至永恆，其實對大家都不利。又在著作權的法律中必然允許的各種「在合理範圍內」對著作的重製、公開發表或播送，Posner 指出這對著作權人是有利的，因為例如在報紙或廣播的書評中擷取片段，這其實是替作者做廣告；其它各種方式的重製、公開發表或播送，大多數也都有同樣的效果；或者是為了資料保存或教育的目的的重製，乃為了社會公益所必須，而且法律的規定已考量必須以不侵害著作人利益之方式為之、甚至應支付給著作人報酬。在著作的重製問題上，最困難的還是涉及對「在合理範圍內」這一不確定的法律概念的解釋；此一問題的首次受到重視乃肇因於 2001 年四月十一日檢察官搜索台南市成功大學學生宿舍中的學生使用程式儲存格式 MP3 下載流行歌曲的事件，鬧得沸沸揚揚、引發一場大論辯，校長、教育部長、學生、律師、學者、檢察官、法務部長、廠商，通通跳出來加入論戰，各擁一方，最後也沒有定論³⁸⁴。雖然，

³⁸¹ 請參閱 謝銘洋，同註 50, 40 頁。

³⁸² 同上，39 頁。

³⁸³ 請參閱 EAL, p. 47.

³⁸⁴ 在利用網路下載流行音樂已習以為常、甚至被認為天經地義之時，檢警單位突如其來的動作，造成當天「數千人拔掉電腦硬碟四處躲避，女生宿舍外還出現數百量機車搬離主機的人潮。...學生受驚、氣憤、擔憂、茫然的反應可以理解，因為『過去都這樣，為何現在不行？』『別人可以，為何我不行？』...『正版太貴，一片要兩三百塊。』『一張專輯只有一兩首好聽、想聽...』『現在誰還買 CD？』」（中國時報 200104.16, 15.版）。對於利用網路下載音樂至何種程度為合理，顯然是意見分歧的。律師蕭雄淋認為根據我國著作權法第五十一條規定，只要非營利、供個人或

立法者早已知道這個困難，因而在 1998 年修法時，訂立第 65 條第 2 項第四款「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」這個帶有濃厚法律經濟分析氣味的條文來作為是否是「在合理範圍內重製」的判斷標準。但是，真正遇上實際案例時顯然還是各說各話、吵鬧一陣，而最後又是沒有具體的解決方法就收場了。這是否暗示「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」這個判準正是需要法律經濟分析學派所強調的「實證經濟分析」方法才能真正落實！而這正是傳統法律人最不擅長、最缺乏的素養。足見，在智慧財產權的保護尚屬後知後覺的我國，如要較佳地解決「合理的範圍」之爭議，仍有待法律人在經濟學方面修為的加強。

5.3.1.3 商標權

對於商標在促進經濟效率的功能，Posner 做了淺顯易懂的說明：商標提供貨物質量的保證，從而讓消費者節省尋找的成本。有了商標將能刺激廠商提昇貨物的質量，因為消費者若是買到有瑕疵的商品將知道向誰追究責任，而若對商品感到滿意也知道下次應如何再買到相同的產品或推荐別人購買。固然廠商擁有商標之後，為了做廣告將投入較大的成本，但是卻可節省消費者尋找的成本³⁸⁵。筆者認為對重視產品質量的廠商來說，投入的成本是反而可以回收更多的，因為一旦品牌被大眾肯定了，將可獲得更好的銷路，而商標也等於促成優良廠商更加興旺、劣質的廠商則易被淘汰。對經濟的意義是正面的。

在此，吾人可以解析在「智慧財產權」這一個通稱下所涵蓋的保護項目共有什麼？台灣大學謝銘洋教授認為「智慧財產權」所保護的實為三大類。第一類是「文化創作」，如著作權（文章、音樂、電影、攝影、戲劇...）及工業設計（產品外型設計，即我國專利法中保障的「新式樣」）。第二類是「技術創新」，即我國專利法所保護的「發明」與「新型」。第三類則是**對正當的交易秩序的維護**³⁸⁶，這僅是就廣義上而言屬於智慧財產權，因為其原本和保障精神智慧的創作沒有直接關係，照理不應該被列入智慧財產權的概念中，但是因為歷史上早在 1883 年於巴黎簽定“Paris Convention for the Protection of Industrial Property”時就將防止不正當競爭的規範列入，因此競爭秩序的維護習慣上成為智慧財產權的一部分³⁸⁷；有關商標、及反托拉斯法中禁止不公平競爭之規範皆在智慧財產權議題中被討論，其目的在保護競爭秩序，同時也保護消費者；例如，如果人人都可隨便使用別人的商標，則天下大亂、消費者將無所適從矣³⁸⁸。

家庭使用，數量合理、利用非公眾使用之電腦下載，就不違法（台灣日報 2001,04.17，5.版）。然而問題還是在「數量合理」的問題，就算只下載一首歌（因此下載者就不必去買那片昂貴、而且其實只有一首歌是好聽的 CD）算不算「數量合理」？又如果自一百張專輯上都各下載一首歌呢？這些仍是未解的問題。

³⁸⁵ 請參閱 EAL, p. 49-50.

³⁸⁶ 請參閱 謝銘洋，同註 50, 19、24、36 頁。

³⁸⁷ 請參閱 同上 12-13 頁。

營業秘密法被謝銘洋教授列入第三類中，但筆者認為其亦具有保護技術之功能。

³⁸⁸ 據謝銘洋教授之意見及上述討論，可以用以下圖表解析整個智慧財產權法律的體系：

第六章 契約法

6.1 契約的意義—自願交易保證雙贏

Posner 作為自由市場的熱烈擁護者，「契約」所代表的正是其最推崇的「自願的交換」。如本書之前詳細闡述過的，「自願的交換」不僅將造就「資源有效率的運用」（即「財富最大化」），而且還保證契約各方當事人皆可獲利。所以「契約法」自然是法律經濟分析至為關切的主題。

「契約法」的問題在於：雖然在理想上，契約應導至上述兩個美好的結果，但是在不完美的人性及世界之中，情況卻非總是如此。既然契約之所以能導至資源有效率運用、且保證各方當事人皆可獲利的前提是「自願的交換」，那麼在詐欺、脅迫、及意思表示之內容發生錯誤時，則皆缺乏對某一特定標的自願做成交易的「合意」（mutual assent, meeting of minds），因此，契約原本可達成的兩個理想結果當然也就不會實現了。

6.1.1 克服實現契約理想的兩個障礙

Posner 在「契約法」一章中要探討阻礙契約理想實現的種種因素時，他把詐

欺、脅迫、意思表示之內容錯誤的問題、也就是不存在「合意」的問題，先擱著留待稍後再論。而他首先注意到的是：阻礙契約履行之兩個因素，即「機會主義」的心態、與世間不可預料的偶然事件。

這兩個因素之所以會存在，皆導源於契約的成立生效及其履行，大多數都不是「共時的」(simultaneity)、即在同一剎那中發生的；反之，在大多數重要的交易中，我們看到的是「經濟活動的繼起性特質」(sequential character of economic activity)，即從簽約到履行完畢是經過一段時間的。而一旦有時間的長度，就會產生各種麻煩，如 Cooter 及 Ulen 所說的：「承諾的交換和承諾的實現之間有一段時間，這會產生諸種不確定性及風險。不確定性及風險又會造成交易及合作的障礙」³⁸⁹。

6.1.1.1 機會主義

第一種麻煩是來自機會主義的心態。例如先收到價金者就不願交貨，或先收到貨物者就不願支付價金，或者出賣人在締約後其貨物的市場價格若是暴漲便會萌生懊惱、不甘願履約的念頭。「Williamson 指出：『機會主義是帶有狡詐性的自私觀』。這是最嚴重的自私觀...。Posner 認為，如果沒有契約法有力的約束，機會主義就會在契約過程中泛濫成災，其最終結果將使契約成為無人涉足的禁地，從而影響資源配置的效益最大化」³⁹⁰。如果契約不帶有強制力的話，人性卑劣自私的機會主義心態就會對契約的履行造成重大威脅。而契約原本之功能是在「協助個人於規劃未來事業或商業事務時，以保護其預期利益」³⁹¹，契約必須有拘束力「乃為社會進步之所需，人們對未來較複雜事項，可做預先規劃及掌握」³⁹²。

吾人難以想像，如果契約無法被強制，而導致沒有人願意再進行任何非共時性的交易、人也無從做任何未來的計劃，則世界還如何能夠發展繁榮。在契約沒有拘束力（即不能被強制執行）的情況下，人們被迫只好捨棄「繼起性」的交易而選擇「共時性」的交易；例如某位樵夫上山砍得一塊珍貴的木料，張三願意立刻支付一千元買回家當柴燒；李四是一位製做小提琴的大師，正好有急需好琴的人出兩百萬元高價向他訂製小提琴，但他正愁找不到適合的木料，於是願出價五十萬向樵夫購買，但是李四身上沒有這麼多錢，只能先付九百元訂金，而後再分期付款，但要求樵夫先將木料交付給他以便趕工，否則李四將做不成這筆兩百萬的生意。如果契約不具有拘束力、違約者不能被強制、債權人也不能夠得到救濟，那麼樵夫只能選擇將木材賣給張三當柴燒。如此將導至資源的不良配置，社會難以發展、亦無從開創人類的幸福³⁹³。

雖然社會可能會有其它不依靠法律強制力的方法來促使債務人履約，但是不

³⁸⁹ Cooter/Ulen, L&E, p.184.

³⁹⁰ 張乃根，經濟學分析法學，上海 1994，125 頁。

³⁹¹ 楊楨，英美契約法論 修訂三版，台北 2003，2 頁。

³⁹² 同上，3 頁。

³⁹³ 請參閱 EAL, p. 102.

一定有效。例如「信譽」，一旦有惡意違約的不良紀錄，則以後將「自絕於社會」。但是這未必是有效的方法，因為違約者的不良紀錄未必會廣為眾人所知曉，或者其只要「撈一票」以後就一輩子吃喝享樂都花用不盡了（尤其在當他本來就已經很老的情形下）³⁹⁴。另外的補救方法是，在交易前雙方先拿出一筆保證金交給德高望重的第三人保管，如果有爭執時，由他判定某一方違約，則那方的保證金就被沒收而歸另一方所有³⁹⁵。但這種麻煩的方式不但增加交易成本，而且是一種自治式的私司法，除了在例如古代中國傳統的尊卑倫理社會下較能發揮其功能之外，在今日工商業社會下，這種制度的終局裁判者將缺乏權威及權力，難以平息糾紛；而是只有國家公權力才有止息紛爭的能力。以商務仲裁為例，當不服仲裁結果的一方，以仲裁有偏袒或違法為理由向法院提起撤銷仲裁之訴，而後遭法院駁回後仍拒絕履行義務時，則另一方還是須以申請強制執行來確保其權利的實現、即最後還是必須依靠國家公權力。

對於一旦出現一方違約，視違約的情況另一方可以請求哪些救濟方式，是契約法的重要頭戲，因此 Posner 將之放在其契約法一章的後面再加以詳述；本書亦在稍後再加以深入探討。

6.1.1.2 偶然

除了機會主義之外，因為契約履行在時間上的「繼起性」而會產生的第二個問題是「不可歸責於雙方當事人的意外事件及不可抗力的天災」。這會使得締約者原本的人生規劃落空而無從補救。例如張三向李四訂貨，李四的工廠卻因不可抗力的天災被摧毀。這是契約法上的一個重大的問題，即我國民法第二六六條第一項前段所規定的：「因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務」。

固然雙方都免除給付的義務，但吾人可以想像，原本的買受人可能期待對方交貨之後，要用這些貨品再加運用，例如出售、或作為原料再進行生產，最終賺取金錢而實現其人生目標，例如給子女出國留學。但如今一切計劃卻幻滅了，也牽連到後續一連串的經濟活動及生涯規劃，將造成社會財富或幸福的減損。事實上，在此例中，買受人若真的想要避免這種會打亂其未來整個事業或人生的規劃的情況發生，則仍可以藉著締約加以預防，即他可以在締約時要求在契約中規定：就算發生不可歸責於出賣人的事由，出賣人仍要賠償在履約狀態下買受人所期待的利益。但是，這仍有兩個困難。第一，締這種約並不是沒有可能會被法院認定為違反「公序良俗」而無效（雖然機率不大，但是總是一種不確定性，恐讓買受人不能完全安心）。第二，更大的問題是如果一方在締約時提出這種要求，通常另外一方就會拒絕締約，除非要約者願意支付更高的價金。

而只要契約所規定的活動是「繼起性」的，意外事故的風險就一定存在。傳

³⁹⁴ 請參閱 同上 p.103.

³⁹⁵ 請參閱 David D. Friedman, *Law's Order*, Princeton 2000, p. 146.

統的法理既然認為沒有過失就沒有責任，則如果發生不可歸責於雙方當事人之事由時，雙方皆免除給付義務。那麼，人類想藉由契約來計劃未來人生、追求最大自利的理性，就有因為遭受意外而挫敗的可能性。

6.1.1.2.1 以普遍保險的方式克服偶然性 — 契約法的新理念

顯然 Posner 非常不滿意這種「大家都沒責任、就此算了、一切就各自認命吧」的方式，因為這將使人生活在一種風險之中，使得社會或個人的財富與幸福之追求都更加不確定。因此，他主張法律應該規定，在締約時，如果雙方沒有特約，就算是不能履行契約是出於不可預防的意外或不可抗力，仍有某一方必須負責。如 Cooter 及 Ulen 所言：「法律必須在無可歸責的雙方中分配未被預見的損失」³⁹⁶。至於是哪一方應該承擔此風險呢？Posner 認為，法律應規定由投保保險的成本（保險費）較低的一方承擔，因為這樣保險費反映在價金時，對買方也是有利的。如果保險費較低的一方沒有投保保險，即使因為不可抗力使他無法履約，則就不能使他免責，例如在某一交易中，出賣人如果是投保履約保險之保險費較低的一方，而他卻沒有投保履約的保險，則發生不可抗力而導至他無法交貨時，並不能使他免責。

Posner 所主張的是一種「任意規定」而已，當事人還是可以用特約加以排除其適用。但是這樣的法律規定是在鼓勵厭惡風險的締約者，如果他們不想在發生不可歸責於他方的事故而讓自己的生命期待落空的話，就不要立特約，而是採用這種法定的制度。則在締約時，風險的承擔者（即投保保險的成本較低的一方）應會去投保保險，即風險的承擔者願意花費些許的保險費作為固定的交易成本，以避免在沒有保險的情況下一旦發生意外而要負責，以至於落入一輩子都賠不完的慘狀，何況他有可能將保險費反應在價金上（如果他是賣方，則要求提高價金；如果他是買方，則要求賣方降價）。

Posner 正是倡議在契約法制度上規定出上述這一套風險分擔制度，換句話說一種會促使更多人求助於投保履約保險的制度，以便使人活在一個更有確定性、更可依原本追求人生幸福的計劃而行的世界，則意外事故對人生計劃的衝擊就可以被避免或減輕。這是法律經濟分析學派思索追求的重點，也可以說是對自古至今契約法制度所秉持的理念之革命性的大翻修³⁹⁷。

不過，如前所述，這只是「任意規定」，一切仍未侵犯契約的自由。即當事人若有特約規定在遭遇不可歸責於雙方當事人的事由時雙方皆免除給付義務，則這是雙方自願要的契約內容，自然必須尊重當事人的意思。又某人明知法律的規定，而他無法說服對方做成上述「無過失則無責任」的特約、且他是交易中的風險承擔者（因他是較低廉的投保者），他仍可不去投保保險，而選擇所謂的「自我保險」（self-insurance）；例如因為他有許多其它的事業、有眾多的交易，他認

³⁹⁶ Cooter/Ulen, L&E, p. 203.

³⁹⁷ 請參閱 張乃根，同註 2, 135-136 頁。

為即使在當下的交易中萬一出了狀況而他是必須負責，他也賠得起、也不至於影響其人生（因為不可能他其它眾多的交易都同時出狀況），故他不想為了一個發生機率很低的可能意外去花費保險費（何況如果他為每一筆交易都投保保險，那將是一筆大開銷）；這種情況叫做「自我保險」，即以他自己其它的交易來做擔保。

6.1.1.2.2 新理念的困難與私法自治的解決可能性

話又說回到 Posner 倡導新理念，目的是追求減少人生的不確定性來增加效率或財富；但是其實似乎也帶來新的麻煩。締約的雙方要探究並確定誰是投保保險成本較低的一方，似乎不總是一件易事，總要先各自問過保險公司才知道；而締約的雙方花費在各自與保險公司討價還價的時間，恐怕會減損效率。保險費的負擔增加了成本亦有可能減少廠商的競爭力，說不定有的廠商因此倒閉。這種制度的實施是否真能比原來的制度帶來更大的幸福或財富，仍是無法探知，足見如先前所說，「實證經濟分析」將捲入一個、無限複雜、難以全覽整個事態、無從嚴密驗證的假設世界中，往往屈從分析者的主觀詮釋而已。

Posner 認為，這個問題，並不嚴重，因為如果法律的規定如果真的不能帶來效率的話，則當事人自會訂立自己的約定加以取代。他說：「...當司法無法發現有效率的方法時，仍可以在未來被契約的變更所校正」³⁹⁸。這是對的；畢竟這個規定不是強制的，而是可由當事人之特約加以排除（取代）的「任意規定」，是在當事人沒有特約時才作為補充的。筆者認為，讓締約雙方依自己對風險的好惡、發生的機率及自我的財力，可以自由考慮要不要訴諸履約保險；即要不要投保保險、由誰支付保險，如何為此調整交易的價金，是契約自由的事；每個人自會去尋找能滿足其意願的交易對象、協商出彼此可接受的契約，這是契約自由的事。總之，世上的人千萬種，當事人理性地衡量自己的情況及喜好，在不違反法律強制或禁止規定下，什麼樣的契約內容都是有可能的。

6.2 Posner 體系中「財富最大化」與「個人權利」的永恆衝突

6.2.1 「財富最大化」的實值目的之提出造成二種價值併存之矛盾

傳統的契約法以「私法自治」為最高原則，即國家尊重人民追求他們自行認定的幸福的目標，契約只要不違反強行或禁止規定，內容不應遭到國家干涉，也

³⁹⁸ EAL, p. 108.

就是說，若奉「私法自治」這種形式性的過程為圭臬，則國家原則上不過問實質內容。

但是，Posner 卻是以「效率」為終極依歸，而「效率」卻涉及實質內容，則 Posner 的契約法學說將產生一個嚴重自相矛盾的問題，因為「天無二日」、「不會有兩個最高的上帝」人只能確定一個最高的原則。「私法自治」及「追求效率」未必永遠處於一致的狀態，兩者之間必須有一最高者，否則將出現衝突。Posner 當然不是不知道「私法自治」的重要意義，但是他以效率為終極依歸的學說，使他陷入了兩難，到底哪一個才是至高的上帝？

當「私法自治」及「追求效率」未能一致時，Posner 明顯地有要以司法積極的作為翻轉既有的法律體制或甚至契約內容的傾向，以達成效率的目標；即在私人在契約中的意志會導向違背效率的結果時，Posner 的直接反應是會質問法院是否仍應執行這個契約；但這是有一種代替人民做判斷、替人民畫定其應行的軌道的傾向（儘管人民已表示自己的意向不是這樣）。Posner 這樣的學說乃游走在和傳統司法的正義觀相牴觸的邊緣上。這是非常嚴重的事。

雖然，Posner 曾經委婉地承認，只有在締約雙方當事人於契約上沒有明示條款（express terms）或默示條款（implied terms）時，法官才能夠以法律加以補充。但是他又自相矛盾地問道：「在當事人的意思與法院認為應當加入有效率的條款有扞格時，應怎麼辦呢？」這透露出他按捺不住、欲以其最高的圭臬「效率」破壞私法自治原則的傾向（否則這是一個完全多餘的問題。因為當然以當事人的意思為準！法官不能認為當事人所追求的人生目標是「不夠有效率的」、「不懂得賺大錢的」而更改契約當事人的意志）。他甚至說「..契約法的目的毋寧是為了提昇效率、更甚於實現承諾本身（後者是一個不可能的目標，因為大部分的承諾在法律上都是無法被執行的）」³⁹⁹。但他這段話令人不解，因為它摧毀了整個契約法的基石，也與他一開始自己所主張的契約法的目的在保障履約、給予人確定性以發展生命自相矛盾；則吾人不知道訂立契約還有什麼意義？因為一旦發生糾紛，在法庭上請求權的基礎不是契約，而是國家以效率的標準來做出判斷，則這是一個「以追求效率為名義而剝奪自由權的專制國家」。尤其他所說「大部分的承諾在法律上都是無法被執行的」，更是令人費解；因為除了少數的契約（例如某一部分沒有「約因」（consideration）的契約）沒有拘束力而不能被執行之外，為什麼他能說大部分的契約都不能被執行？或者，「不能被執行」的意思是指——用一般民間生動的話來說——「雖然打贏了官司，但還是要不到錢，對方沒有財產、人也不知道跑到哪裡去了」！但是這仍太過誇張司法的無效性；在侵權行為的案件中「要不到錢」的可能性或許尚多一些；但是 Posner 在此所談的是契約法，在契約中當事人通常都會要求如抵押、保證人...等林林總總的方法，保證自己在對方不履行契約時可以得到賠償，是故「要不到錢」的情況是可以大為改善的。

Posner 轉了一圈，似乎覺得自己說得不妥，最後他便又回到法院應該尊重契約當事人意思的主張上，但是他設法給一個自圓其說的理由，即：「執行當事人

³⁹⁹ 同上，p. 105.

可被確定的協議，可能是一種比當契約看起來是沒有效率就拒絕執行，更有效率達到其目的的方法」⁴⁰⁰。但是這個理由也是多餘的且矛盾的，因為這句話顯然是說：當事人表面上看似不符效率的約定其實還是會符合效率的，所以法庭必須加以尊重。則吾人可以反問，那如果能證明當事人的協議最終確實會達到無效率的結果時，那是不是法院對當事人的協議就又可以不必尊重了呢？

6.2.2 爲了「財富最大化」而規避法律的方法

總之，傳統法學對私人協議的尊重，是因為尊重個人追求的自由，不認為國家可以輕率地以國家認定的價值去干涉、推翻當事人自行設定的人生目標。但 Posner 要拿出「效率」或「財富最大化」爲絕對性的圭臬，將會和傳統的私法自治原則發生衝突，產生「兩個上帝」的爲難情境。

終極上，Posner 不敢公然主張爲了效率法官可以違背當事人明示或默示的契約內容，但也已經讓人爲他捏一把冷汗了。雖然 Posner 終究不敢明白主張法官爲了效率可以違背當事人契約的意志，但他卻找到實際上的兩個替代的方法繞過當事人的意志及既有法律的拘束，而直奔效率而去：

第一，他特別贊賞法官去大膽認爲當事人除了契約中明白的文字表示意思之外，尚有默示的意思，而後以能增進效率的方向去解釋契約中存在哪些默示的條款；是以例如像紐約州最高法院法官 B. Cardozo 的作風就是其偶像；「Cardozo 氏採取一種將契約擴張適用理論之原則（expansive theory of contract）來解決問題。例如法庭在可能之範圍內可以判決替雙方當事人在爭論中製造契約（make contracts。...倘雙方當事人之契約中無明示約定時（express promise），法庭以雙方當事人有默示約定之方式推定存在...）」⁴⁰¹。但是，如果解釋得太牽強，即契約中很難確定說有某種默示的合意，但法官卻大膽主張有默示的合意，但事實上是法官自己過度的穿鑿附會、以成就自己認爲是善的社會目標（例如效率），那就是法官代替當事人訂契約、破壞私法自治了。吾人可以用一著名的判例檢視 Cardozo 的解釋方法。在 Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon（Court of Appeal of New York, 1917, 222 N.Y. 88, 118 N.E. 214）一案中，被告 Lady Duff-Gordon 乃一知名之服裝設計師，她授予原告獨家代理權銷售其服飾，並且「雙方約定：原告所得之利潤須與被告平分，每月結算一次。原告並提供自己之辦公室，作爲接待客戶、處理公事之處所。嗣後被告未告知原告，即自行招攬客戶，以自己名義發行商品，原告認爲被告所爲違反當事人之約定，起訴請求損害賠償」⁴⁰²。但是後來 Wood 卻發現，Lady Duff-Gordon 竟然自己也在銷售其服飾，因而請求違約之損害賠償。被告 Lady Duff-Gordon 提出抗辯，她認爲雖然她在契約中表示要授予 Wood 獨家

⁴⁰⁰ 同上。

⁴⁰¹ 楊楨，同註 3, p. 294.

⁴⁰² 潘維大，英美契約法案例解析（一），台北 1997，116 頁。

代理權，而授予獨家代理權又意謂著效授予代理權者有義務「盡其合理之努力以爭取客戶、推廣產品」，但是 Wood 在契約中並沒有表示允諾要「盡其合理之努力以爭取客戶、推廣產品」；所以依照英美契約法的原則，缺乏「義務相互性」（Mutuality of Obligation）之契約是無效的；故也自然不生違約的問題。然而法官卻認為，雖然原告 Wood 在契約中沒有明白書寫表示他要「盡其合理之努力以爭取客戶、推廣產品」，但是由原告之其它的意思表示及實際行為，可以「推知原告之行爲隱含有『將盡其合理之努力以爭取客戶、推廣產品』之允諾：a. 原告同意使用辦公室做為接待客戶、處理公事之處所；b. 原告同意將所得之利潤與被告平分；c. 原告同意每月與被告結算一次」⁴⁰³。

筆者認為法官認憑上述三點就推斷原告已經默示允諾要「盡其合理之努力以爭取客戶、推廣產品」，這樣的推論已經過於大膽⁴⁰⁴。

第二，Posner 還藉著改變既有的法律來達到其目的。但是這個問題更加嚴重。例如，Posner 指出，鋼鐵公司 A 方同意在六十天內交貨給橋樑建築公司 B 方，但是因為 A 方遇到其工人一次未經工會同意的非法罷工而使得 A 方無法如期交貨。依照美國既有法律，這是屬於不可歸責於 A 方的意外，故對於因為遲延給付而對 B 產生的損失，A 方並不需要負責。但是 Posner 認為法院為了避免這種事件造成損失，可以判決 A 方有義務預防未經工會同意的非法罷工，目的是給予未來所有的出賣人一種 “incentive”，避免再有這樣的事情而發生損失⁴⁰⁵。

顯然，這種判決是爲了效率的目的而更改既有的法律，它爲了達到某種社會政策，而隨意地嚴重侵犯了 A 方的既有法定權利，視法的安定性及個人權利爲無物。而且如果真的是無法預防的事件，又如何能強說是可以預防？A 方唯一的「預防」方式恐怕只有投保保險。顯然 Posner 是讓法官藉這個判決立了新法，即對於不可歸責的事故之發生，由投保保險的成本較低的一方負責（此案中顯然 A 方是該負責的一方）在未來類似的情況下，處於類似 A 方立場的締約者就會先去投保保險。

然而這種法官破法、造法，對當下案件中措手不及的一方是極不公平的，因為 A 方無從事先得知法官會否定其既有的法定權利，也無從再倒退回到締約前狀態去考量要不要締約、或用什麼條件締約。固然，法律可以、也應該隨著時代情勢的變遷而修改，但是這應由人民選出的立法者透過成文法的立法來改變政策，並且在成文法生效後向未來實施，方爲妥當。法官做此政策，對所有之前已訂立契約者是不公平的。如 Dworkin 所批判的：「如果一個法官造新法，然後以

⁴⁰³ 同上，117 頁。

⁴⁰⁴ 請參閱 楊楨，同註 3，114 頁。日本學者望月禮二郎說道：「如法院認定當事人意圖相同的條款，即使當事人沒有明示，仍作為契約的內容。雖然當事人的意圖要由當時情況下當事人的言行推認，但法院如果不是在能夠相當確切地作出推認的場合，就不會承認成立事實的默示約款」（英美法，郭健 譯，台北 1997，342 頁）。

顯然 Posner 有採用 Cardozo 法官的手法，過份大膽臆測當事人意思以求實現一己追求效率的目的之傾向。

⁴⁰⁵ 請參閱 EAL, p. 107.

回溯的方式用到先前發生的案件上，那麼，敗訴的一方之所以受罰，就不是因為他的行為違背了某些原本應守的法定義務，而毋寧是違背了一個他行為後才被創造出來的義務」⁴⁰⁶。

又一例是，張三是剛進入某一行業的新手，他允諾在「十二日」交貨給李四，李四以為是本月十二日，但張三卻是意指下個月的十二日。這個「雙方錯誤」(mutual mistake)的案例中，在英美法中是使得契約無效。但如果該行業存在著一個習慣，即若是沒有指明月份就是指當月份，則情況就不同了。吾人在既有的判例中皆是遵循「在契約及法律中都無規定時依從習慣來解釋當事人的意思」的原則；所以在這種情況下，張三將必須受李四所理解的承諾之拘束，即張三有義務在當月十二日交貨。但是 Posner 卻暗示，如果這種將了解一個行業習慣的負擔加諸於新手會產生減少財富的結果的話，則法庭應考慮不理會這個原則，那就表示要推翻既有的判例，而認為張三與李四並無合意、契約沒有成立⁴⁰⁷。則 Posner 的主張是對判例拘束原則的否定，一切由法官依照效率的標竿決定如何判決、為了效率而勇於改弦更張，而視既有法律為無物。如前所述，如果法律真的要變更既有規範，則宜由立法者以成文法為之，要比使用推翻前例的方式更合乎保障權利的宗旨，而且不溯既往；否則對當下案件的訴訟者，是極不公平的。

更何況還有另一個問題是，如果在一切都取決於效率的話，則可能後果還不止是在某一個案件中法官以新的法律原則取代傳統的法律原則(即新的原則會成為往後相當一段時間的圭臬，直到被揚棄的一天)，而是「完全沒有原則」。每個個案都不一樣，例如在這個案件中「承認在契約及法律中都無規定時依從習慣來解釋當事人的意思」或「認定非法罷工是一種不可歸責的事由」會帶來效率，於是法官就這麼判；下個案例卻剛好有反效果，則法官又不這麼判了。則事實上只存在效率原則，此外不存在任何既定的有拘束力的法律原則。

6.2.3 法律安定性的破滅及個人既有法定權利保護的喪亡

如前所述，這是如 Dworkin 所說的，一種「向前看的工具主義」(forward-looking instrumentalism)，一種「無法律、無權利」(No law, No rights)的司法策略，不存在個人依既有法律可請求的權利，而是一切屈從於政策，法官不是依法保障權利，而是在做政策。

這種司法策略有著嚴重的後果，如前章 5.1.4 段所言，Coase 與 Posner「將權利判給能產出最大財富的一方」，已經有國家替強勢者搶劫弱勢者的權利及財產之嫌；而 Coase 為了避免這種嚴厲的指責，故主張在「污染權」的問題上，原本根本沒有任何人有權利，權利本來就是在訴訟後(下達判決時)才確定是屬於哪一方的、法院做的是面對無權的雙方做一個權利的「初始」配置，故不能說是

⁴⁰⁶ Ronald Dworkin, Hard Cases, in: Harvard Law Review, Vol. 88(1975), p. 1057-1109; p. 1061.

⁴⁰⁷ 請參閱 EAL, p. 107.

國家替強勢者搶劫窮人的既有權利。但是，如今在這裡的諸案例卻是雙方有什麼**既有**權利是很明確的，這些案件並不是涉及權利最「初始」的配置、即並不是國家可隨心所欲為之的；但是 Posner 卻在個案中都竟然想要隨意變更當事人既有的權利；則這是不折不扣地國家隨時替強勢者效勞、替強勢者搶劫弱勢者權利與財產。

這樣澈底蔑視個人既有法定權利、毀滅法的安定性及人民安全感、且偏袒強勢壓迫弱勢的理論，Posner 不顧批評，仍堅持認為：「實用主義認為法官應永遠盡全力爲了目前和未來做最好的事，在諸種情況中，不受任何在原則上需要尊重或保持與其他官員已做的或將做的事相一致的義務所拘束」⁴⁰⁸。他又說：「實用主義者拒絕那種只有由規則構成的法律才是法律的觀念，因為這種概念上的分析不是實用主義的。...實用主義法官的真正特色是，他的風格...讓他完全不必受制於下面這樣的法律本質或道德的義務：即法官必須遵守過去的判例或其它一些司法態度的非實用主義之理據」⁴⁰⁹。他的固執來自他堅信這樣追求「效率」、「財富最大化」，是對社會最好的。

然而，先姑且不論「追求社會財富總量最大化」好不好、也不論「破壞法的安定性及個人既有法定權利」好不好，至少 Posner 既然主張某種東西是「最好的」，難道他不也是在主張某一種價值觀嗎？不也是在倡導某一種道德觀嗎？則（如在 1.3.2.2 段中所述）他又憑藉什麼在“The Problematics of Moral and Legal Theory”一書中，大肆嘲諷並抨擊在法律中談道德哲學是無用的、道德理論對司法在實際上也沒起過作用呢？「社會財富總量最大化優先」及其會衍生的內涵不是一種價值觀嗎？不是一套道德哲學、一套權利理論嗎？Posner 在《司法／正義的經濟學》一書中不是這麼自認的嗎（本書第三章的內容）？這個問題，筆者將留待於本書最後三章之中，再來做一總結的反省評論。

6.2.4 「財富最大化」作為最高價值破壞私法自治

Posner 的契約法學說是在民法體系中最易和既有的法制發生磨擦的，這點並不令人意外，因為傳統的契約法立基於私法自治的這個形式性的理念、尊重個人的理性與選擇，這種尊重來自肯定個人是其幸福的最佳判斷者，國家不必越俎代庖替個人判斷。即使契約法在今日的發展是爲了社會福祉的對締約自由的限制，例如強制訂約及管制經濟秩序（反托拉斯法）所加諸的限制⁴¹⁰，但這並不產生這裏所討論的忽略法的安定性、漠視法定的既有權利而侵犯人權的問題，因為這些法律都是明確訂立且先存的。

反之，Posner 的學說提出「財富最大化」的實質目標作為唯一的幸福判準及

⁴⁰⁸ PML, p. 241.

⁴⁰⁹ 同上 p. 261-262.

⁴¹⁰ 請參閱 劉振鯤，實用民法概要 五版，台北 2002，4 頁。

司法的目的，等於是國家替人民做決定，而且是在一切法領域中都以財富為唯一的目標（Posner 怎知道人民要的是這個呢？），而在審判的每一個個案中讓法官隨時變動法律來強烈干涉私人間的契約，而且他有強烈的集體主義傾向（因為其只先致力於求取社會財富總量的最大化，而不問個人之得失、即不問財富分配的方式）。在這兩個前提之下，個人的選擇不符合效率，法官或以契約中有「默示的意思」為藉口而趁機將契約往符合效率的方向加以解釋之衝動、或動輒忽視判例而改變既有的法律原則以追求效率。而在案件審判中，一方之勝、就是他方之敗；如果勝敗得失是基於既有的法律所規定的權利，則當事人實無話可說。但是依 Posner，法官只要看到另一種判決會比遵照原來的判決能增加更多社會財富的總量，就可以為了追求效率而隨機更改法律，甚至導至勝敗得失之易主，即原本可勝訴的卻變成敗訴，也無所謂；這原本是極不正義之事，但是 Posner 卻毫不以為意，因為他認為只要社會財富總量變大，判決即有正當性，而不論得失在於哪一方，他認為這是實用主義者為社會追求「最好的」福祉。而面對於原本依既有法律可以獲得權利者如今卻遭受損失的這種不義，Posner 提出如下的辯解：「...每一方當事人只對自己的獲利感興趣，而不會對共同的獲利感興趣。但是共同的獲利數量越大，每一方當事人能夠『獲得』的那一份就有可能大一些」⁴¹¹。

如本書先前一再指出的，這顯然是他一貫的立場、一種未能被證實的信仰而已，而他從未致力於探討社會上總量變大的財富應透過什麼分配的制度而最終讓人人都成為獲利者。而依 Posner 這樣的立場，訴訟的雙方將無法根據甚至根據表示自己意思的契約及既有的法律作為請求的基礎，而誰勝誰敗將難以預知，甚至也有可能結果是兩造都失敗而讓社會公眾得到更大的財富。

總之，法律經濟分析奉「效率」為至高目標而可忽略其它一切原則，則一切應隨時屈從於達成效率的目的，因此和傳統的契約法尊重當事人自行追求幸福有結構性的扞格，用 Thomas S. Kuhn 的話來說，其彼此是屬於不同的「範式」（paradigms）、是無以對話、是信仰不同、「不可共量的」（incommensurable）的。Posner 若欲將既有的整個契約法解釋為符合他的理念，其實將會是牽強困難的；他應該明白宣稱他是在創造一種基於新的理念的新民法制度。

6.3 違約之下的效率考量

在先前的論述中可知，為了達到效率，Posner 試圖藉著解釋契約去決定其是否成立生效、以及針對契約因為不可預見的事由而不能被履行的情況提出一套加強可歸責性的理論。接下來他要論述，一旦違約發生，法律應提供守約的一方什麼樣的救濟、或是說守約者應向違約者請求什麼樣的賠償，才能夠嚇阻無效率的違約、但又不會阻礙有效率的違約。

Posner 引用 Holmes 法官的話：「法律的政策並非是要強迫人信守承諾，而只

⁴¹¹ EAL, p. 105.

是要求每一當事人，在履行契約、與不履行契約，而對另一方當事人所造成的損害給予賠償，這兩種結果之間做一選擇」⁴¹²。這段話是富有意義的，它表示一個人打算違約時，只要自己想清楚後果就好了，在法律會保障守約者不遭受損失的大前提下，如果想要違約者覺得違約仍舊是對自己有利的（即他違約後不會減損守約者的利益），那就盡管去違約沒有關係。最常被提及的例子即基於債權平等而俗話說的「一物二賣」之情形；在此，後來的買受人出的價錢若足以使出賣人在賠償先來的買受人之後仍有剩餘，則出賣人就會將物品賣給後來出更高價格的買受人。而後來的買受人願意出高價，一定表示此物能帶給他更大的效用。這種情況對三方都是有利的，法律也沒有規定後來的買賣契約是無效的，因為這是愚蠢的，只會阻礙效率的實現；這表示法律給這種違約留下了空間、甚至是鼓舞。Posner 說道：「..這種誘因是應當存在的。...我〔違約者〕在賠償 A〔先來的買者〕的損失之後，我的情況仍然得到改善，而 B〔後來的買者〕也獲益。那麼這種違約就是帕累托改善」⁴¹³。

6.3.1 選擇最適的損害賠償方式

筆者認為，就違約的損害賠償問題，既有法律的發展已經達到理性、符合效率的境地了，重點是在許多救濟的方式中，要如何選擇最適切的一種。例如，我向張三訂貨，我已先付款，而張三不把這些錢拿去生產貨物，而是拿去購買股票，結果賺了大錢，但卻無法交貨給我。此時在英美法採用「回復原狀」(restitution) 最為恰當（筆者按，英美法的「回復原狀」之救濟方式的內涵顯然和歐陸法系指稱的不相同，而在名詞上易使人感到困惑）。「回復原狀是取回已在被告手中的某項利益」⁴¹⁴，在英美法中，「回復原狀」的賠償金是以違約當事人之獲利來計算⁴¹⁵，並不是以守約的當事人在契約履行下的預期利益來計算，因此張三所賺的錢必須全都拿出來賠我，其等於空歡喜一場，這是最好的懲罰；如 Posner 對此所下的評註：「在這種案例中有吸引力的救濟就是回復原狀。允諾人違約就是想賺錢，在這樣一個案例中違約沒有其它的理由。我們可以藉著讓允諾人完全無利可圖來嚇阻這類行為；即我們透過讓他由違約中所得的一切獲利都交給被允諾人來達到此目的」⁴¹⁶。在違約的損害賠償中最具重要義務、最普遍被採用的標準是「所期待的利益之損害賠償」(expectation damages)。只有採取這種賠償才能夠對財產權真正給予保障。其「目的在於藉由給予被害締約當事人損害賠償，使被害締約當事人處於如同契約完全履行的情況一樣，來補償被害締約當事人未達成的預

⁴¹² EAL, p. 131.

⁴¹³ 同上 p. 133.

⁴¹⁴ 望月禮二郎，同註 16, 371 頁。並請參閱同書 391-392 頁。

⁴¹⁵ 請參閱 William Burnham, 英美法導論，林利芝譯，台北 2001, 277 頁。

⁴¹⁶ EAL, p. 130-131.

期利益」⁴¹⁷。用英語來說即：“The object of awarding [expectation] damages for breach of contract is, to pull the plaintiff so far money can do it... in the same situation ... as if the contract had been performed”⁴¹⁸。它補償到了原告原本可望由契約的履行中資產得以增加的部分⁴¹⁹（不過，在請求時，原告當然必須有充足的證據，例如與他人已訂好的契約，或是基於過去營業的合理估算）。一旦守約者能夠得到和履約狀態下一樣的期待獲利，其原本交易的目的已經達到了，照理說他就不會在意對方是否履約了。反之，「信賴利益賠償」（reliance damages）只是讓守約者回復到沒有訂立契約的狀態；例如張三向 A 工廠訂購世界上唯一能殺死他田裏害蟲的農藥，簽定契約後張三料想今年收成一定大增而花錢增建穀倉。但 A 工廠卻因故意或過失無法交貨，則在英美法中，A 工廠必須賠償張三修建穀倉的花費。

只有普遍採用「所期待的利益之損害賠償」，才能夠保證導至有效率的違約。因為在這種情況下，違約的可能性一是來自稍前所說的「一物二賣」的情形；另一種情況是當訂約後，因為情況改變，以致於履約會造成比賠償給守約一方所期待的利益更大的損失時，那不如不要履約而直接賠償即可，這樣尚可減少損失。至於不請求「所期待的利益之損害賠償」而只請求「信賴利益賠償」，那除非是「原告在該契約的期待利益是推測的（speculative）並不能以合理的確實性證明其大小時，這些利益的損失不能成為損害賠償的對象，因此原告必須採用賠償信賴利益或回復原狀的方法」⁴²⁰。

不過，「所期待的利益之損害賠償」亦不是可以完全讓守約的一方完全如同在履約狀態中一般。這原因是多重的，例如對預期的利益——提供證據的困難；或者是對方的違約影響到我和第三人的交易，縱然我和第三人之間因我的違約而必須支出的違約金也已獲得賠償，但卻影響我在商場上的形象與商譽；或者是訴訟花費的金錢、心神、精力，難以彌補。正因如此，實行歐陸法系的我國，當事人常在契約中規定懲罰性的違約金，這是被允許的，但是在英美法中卻不認可懲罰金（penalty）。Cooter 與 Ulen 對歐陸法系的懲罰金制度給予肯定，他們說：「一些經濟學家如今相信，歐陸法系國家強制執行懲罰性條款是正確的。這種超過合理預期的賠償規定，能在兩個方面產生功能：第一，懲罰的因素可以被視為是違約的一方以書面契約的保險形式向受害的一方所支付的錢...」⁴²¹。反之，Posner 則持另一種看法，他說：「由於懲罰金可能會使違約者的違約成本超過受害者所遭受的違約損失，...而阻礙了有效率的違約」⁴²²。例如，在原本「一物二賣」可增加三方效率的情況下，若是先前的契約訂立了太高的懲罰性的違約金，將阻礙物品賣給後來的願意出較高價錢的購買者；但是筆者認為，這正是證明了在交易

⁴¹⁷ Burnham, 同註 27, 273-274 頁。

⁴¹⁸ 楊楨，同註 3, 345 頁。

⁴¹⁹ 請參閱 望月禮二郎，同註 16, 369 頁。

⁴²⁰ 同上，371 頁。

⁴²¹ Cooter/Ulen, L&E, p. 236.

⁴²² EAL, p. 142.

中的當事人，往往首先顧念的是自己的利益、追求自己計劃的穩妥性，並不會理會他人、或社會財富的總量。同時這也說明，法律採用「所期待的利益之損害賠償」，僅在理論上是說希望能讓守約者透過此一賠償使守約者能立於和契約被履行一樣的狀態，但其實也僅僅是止於理想而已；若無懲罰金，違約還是被守約者視為無法完全被彌補的損害。

6.3.1.2 「求償範圍限制」的法學問題

另外還有一個讓「所期待的利益之損害賠償」的原則亦不能讓守約者免於損失的原因，而這具有法學上重要意義的，即對損害賠償求償範圍限制的問題。試想，如果我拿一卷照相機膠卷去照相館沖洗，結果相館因缺乏注意將之遺失。我拿出有人已經和我訂好的契約，證明某人願意以一百萬購買我這卷內容精彩、好不容易才拍攝到的膠卷。我能向照相館求償一百萬嗎？這涉及的是法學上重要的難題。在英美法的過去，只要因果關係存在，的確是可以如此請求的。然而在1854年在英國一個經典性的判例 *Hadley v. Baxendale* (9 EX. 341)，立下了對求償範圍加以限制的普遍性原則。本案事實如下：原告乃經營麵粉工廠，而其機器的軸心斷裂，因為生產軸心的工廠在另一地區，故原告僱用運輸公司（被告）將損壞的軸心運送到軸心工廠以便依原樣仿製新軸心。原告曾告知被告目前工廠已停工，並希望被告能盡速運送。但被告因為過失而遲延數日，以致於麵粉工廠停工多日，因而向被告求償⁴²³。

陪審團裁定被告應該賠償，但遭到 *Anderson* 法官加以廢除，他認為決定損害賠償應公平且合理地考慮下列兩原則：第一，損害之結果是否是出於此違約後，依通常世事之演變，自然會導至的結果。第二，雙方當事人在締約之時是否可以合理地知悉、預見若是違約將造成此種損害之結果；若雙方當事人在締約時有特定的情境，此一特定的情境將導至違約後產生特定之損害結果，而且這些皆為當事人在締約時所認識到，則該損害即當事人可預見的範圍⁴²⁴。

由於文字本身不免帶有的模糊性，對這兩個原則的詮釋仍存有若干不明確之處；直到1949年 *Victoria Laundry (Windsor) LTD v. Newman Indus. (Court of Appeals, [1049] 2 K.B. 528)* 一案，法官 *Asquith* 試圖對 *Hadley v. Baxendale* 一案的兩個原則再做闡釋，依其見解，違約而導至損害的一方應賠償的範圍，應限於在締約時其所能預見的範圍為限，而這包含兩項原則：第一，一般有理性的人在此情境下都可以了解的事物發展的結果，對比，就算違約者真的不知悉，亦視為知悉⁴²⁵。第二，是「實際的認知」(actual knowledge)，即在締約時，違約

⁴²³ 潘維大，英美契約法案例解析（一），同註14，369頁。

⁴²⁴ 同上，371頁。

⁴²⁵ 在 *Hadley v. Baxendale* 一案中的 *Parke* 法官指出，對於債務人僅就契約成立時其所能預見的損害結果承擔責任這樣的規定，在法國民法典中早已存在，只是尚未存在於英國普通法中。依我國民法第216條第2項，有類似於此案第一原則之規定：「依通常情形或依已定計劃、設備或其他情事，可得預期之利益，視為所失利益」。

的當事人真正知道的違約後會產生的（比一般自然情況更大的）嚴重後果⁴²⁶。

若依此兩原則檢視 1854 年的案件，則工廠缺乏軸心並不能算是工廠不能運轉的自然結果，因為這種工廠通常都有備用的軸心。再者，原告並未足夠清楚告訴被告，若是軸心不送來則工廠就不能再次動工。

若是以沖洗相片為例，照相館應賠償若干金錢，但遠遠不致於須賠償一百萬；因為依通常一般人的合理認知，可以知道相片通常是出遊、聚會或拍攝樣品、風景之內容，對相片的所有者而言，須支出若干的花費才能夠拍得這些相片，故照相館所要賠的也就大概是這個價值。但至於此相片特殊到已有人出價一百萬訂立契約要買，此乃無法合理預見的範圍，故不能要求其賠償，就算相片主人拿出與他人訂購此相片的一百萬契約為證，也不能要求照相館賠償，因為賠償的範圍只能限於違約者可合理預見的範圍，否則將過於嚴苛，天下將無人敢做生意了。除非照相館在締約時已經實際知道這卷底片值一百萬，如此才能夠對照相館請求更高的賠償；也就是說，送相片去沖洗者若是擔心萬一膠卷遺失而損失慘重，自當在締約時告知照相館，促其特別小心，甚至訂立契約，願意付高價給照相館，但相對地要求一旦遺失，照相館必須賠一百萬，這也不失為一個好辦法。正如我國民法第 217 條第 2 項之規定：「重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人未預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失」。

總之，相片的擁有者是最低成本的風險預防者，他知悉相片的價值，可以輕易地採取上述方法來避免相片被遺失、或在被遺失之後能得到高額的賠償，照相館也就不必終日提心吊膽對所有顧客都戰戰兢兢，否則這樣將浪費許多資源。這樣的制度即是能督促有需要他人以特別小心的方式處理其事務者，會在締約時將此訊息告知對方；即如果知道風險存在的一方，若不想蒙受重大損失，應自行採取適當行動預防，而且由他採取行動也是最經濟的。正如 Cooter 與 Ulen 所切確評論的：「根據 Hadley 原則，被允諾人在面對其不可預見的損失時，必須事先通知允諾人，以便能獲得充分的賠償。因此，Hadley 原則強迫訊息的交換」⁴²⁷。

這種在不同法系中達到的相同解決問題的方法，顯示出人類具有共通的理性。

6.4 「約因」(Consideration) 的經濟效率分析

6.4.1 「約因」的意義

法學向來較注重有償的契約，例如一方支付價金以購買另一方的房屋；至於

有關「合理的可預見性」之探討及案例，可再參閱：熊秉元，熊秉元漫步法律，台北 2003，226-229 頁。

⁴²⁶ 請參閱 望月禮二郎，同註 16，375-378 頁。

⁴²⁷ Cooter/Ulen, L&E, p. 247.

像「贈與」這種無償的契約就我國民法規定而言是讓贈與人在給付前得撤銷（悔約）。在英美法中亦類似，除非符合「蓋印契約」（Contract under Seal）之形式要件，否則沒有「約因」支持的契約無拘束力、即不可以被法院強制執行。Posner 對此提供了一個經濟學式的解釋，他說：「契約法的角色是透過自願的交換而使資源能容易地移轉到其最有價值的使途之上。如果允諾全然只是單方的，就不可能是這交換過程中的一部分」⁴²⁸。因此不存在交換的契約，不為法律所重視。望月禮二郎指出：「約因的基本觀念是相互性（reciprocity）或有償性」⁴²⁹。楊楨教授亦闡釋道：「英美契約法極為注重雙方間之權利義務平等關係，契約之有效成立，必須具有約因關係」⁴³⁰。又說道：約因指出「雙方當事人必須要有交換（exchange）之事實，例如要約人為一允諾（promise）時，受要約人或受領允諾人須另以允諾或其他行為回報，方可構成一有效之協議（agreement）或約定」⁴³¹。

所謂「約因」，即「允諾人」（promisor）以自己的「允諾」（promise），交換「被允諾人」（promisee）之相對允諾（或允諾的履行）。該「被允諾人」所提供的相對允諾或允諾的履行就是「約因」。例如張三提出邀約、允諾支付十萬元僱用李四為他耕田，李四允諾將願受僱耕田、或是李四實際把田耕完了，就是「約因」。另外，「被允諾人」所提供的允諾或允諾的履行，必須正好就是「允諾人」的允諾中所欲求的、或說是所欲交換的（即耕田），也是「被允諾人」針對想要得到「允諾人」所提供的允諾（即十萬元）而給予的。由此可知，「約因」是「允諾人」和「被允諾人」之間經過「交易商談」（bargain for）之標的。

於是「約因」的意義可以說是「被允諾人給予允諾人的允諾、或允諾的履行，必須是允諾人的允諾所欲交換的，和被允諾人為〔了〕交換允諾人的允諾所給予的（A promise or performance given by the promisee to the promisor must be sought by the promisor in exchange for his promise and given by the promisee in exchange for that promise.）」⁴³²。這段話雖然乍看之下有些繞口，但是其實是非常精確清晰的。「約因」的重點在於相互的義務、一種有對價關係的契約，這種契約被法律認為才是在人類生活中有重要性的、才是司法在其發生不履行時要介入的。故在中文翻譯上，經濟學家亦有將法律名詞“consideration”直接譯為「對價」的。

雖然「約因」代表有償之特性甚為明白，但是其意義的詳細界定卻是眾說紛紜、莫衷一是。依筆者之見，這種混亂及不明確來自兩點：第一，首先，誰是「允諾人」和「被允諾人」的混亂；在一筆交易中（例如買賣房屋）不一定買方是「允諾人」，而是看買方或賣方誰先提出要約，因此在討論「約因」時，學者所想像的情境不同一會造成其指稱的「允諾人」和「被允諾人」是哪一方有所不同。第二，在一個雙務契約中，雙方都給對方允諾、都有給付的義務，但是有的法學家如 William Burnham 卻有錯誤的想法，他把此種契約仍想成是「允諾人」在履行

⁴²⁸ EAL, p. 108.

⁴²⁹ 望月禮二郎，同註 16, 289 頁。

⁴³⁰ 楊楨，同註 3, 6 頁。

⁴³¹ 同上，1 頁。

⁴³² Burnham, 同註 27, 256 頁。

允諾而已，結果認為「允諾人」是遭受不利者，而「被允諾人」是受惠者⁴³³。但是，另一種更流行、而且正好相反的見解是把「被允諾人」的允諾（或實踐其允諾）理解為「被允諾人」的「損害」（detriment）；但若以經濟學的思考方式而言，經濟學家不會將此理解為「損害」。例如張三（允諾人）首先提出要約，願支付一百萬向李四購其房屋一棟，李四（被允諾人）的允諾售屋被傳統法學理解為一種損害，因為其喪失房屋所有權。但是經濟學家會問：難道張三不也是失去其一百萬的所有權嗎？而且自願的交易，雙方都是高高興興甘心放棄自己所有的以期待換取對方所提供的，雙方都是獲利者，怎麼會有「損害」之說呢？

法學家的解釋方式是：「被允諾人」之所以是遭受損害的一方，是基於這樣的理由：因為「允諾人」以自己提供的允諾以交換「被允諾人」行其本不必行之者（to do something he does not have to do）或者「不為其本來有權為之者」（to refrain from doing something that he had a right to do）⁴³⁴。

但是「被允諾人」並非被迫的，而是高高興興自願行（或不行）之；而且他還可以藉此得到「允諾人」所提供的足以使他覺得比訂立契約前更加滿足的事物（例如允諾人提出來作為交換的金錢、動產、不動產、或行為），這正是他期待的。所以，經濟學的觀點不會認為「受允諾人」是遭受「損害」的一方。

因此，D. Friedman 站在經濟學家的觀點，其對約因的詮釋就是：「在各種法律體系中，有各種不同的方法被運用，以決定一個契約是不是有拘束力。在我們〔美國〕法律體系中最重要的判定方式之一是，只有各方都能有所獲得的，才能夠算是契約」⁴³⁵。

語言分析哲學在英美是為顯學，英美法世界的契約法學者若是能多注意並求取這方面的訓練，應能早日脫離「約因」學說解釋混沌的泥沼⁴³⁶。

⁴³³ 請參閱 同上，256 頁。

⁴³⁴ 楊楨，同註 3，96 頁。

⁴³⁵ Friedman，同註 7，p. 158。

⁴³⁶ 上述提到有關出賣人與買受人究竟誰是允諾人、誰是被允諾人的混亂的問題，在 Cooter 與 Ulen 的書中，又有另一種有趣的理解。他們認為「允諾人」（promisor）提出邀約（允諾）給被允諾人（promisee），而後被允諾人作為回應的允諾理解為誘導出允諾人的允諾之誘因。如果依照這種理解，單單是允諾人這一方豈不是就給了兩次允諾。我們可觀其原文寫道：「被允諾人提供某物以誘導允諾人給出允諾」；又說：「根據交易理論，要直到被允諾人給予某物以誘導允諾人給出允諾，否則契約就尚未完成」（Cooter/Ulen, L&E, p. 179）。

可見在雙方都互給承諾的交易，雙方都同時為債權人及債務人時，實在是很容易造成多樣的想像。另外，若是我們也不要顧及誰先提出邀約（誰是「允諾人」），而是只著重「交互性」或「對價」、即「一方允諾提供代價以交換對方的允諾」，則在雙務契約中，雙方都是允諾付出某種代價以換取對方允諾的人，即雙方的允諾互為對方的「誘因」（inducement），那麼是不是也可以說有兩個「約因」呢？這樣豈不更突顯契約真正的「交互性」。而且學者亦不乏言及「雙方各看可以對方的約定為約因」（望月禮二郎，同註 16，293 頁）。或問及：「然於雙方契約，兩造當事人互為約定人〔允諾人〕及被約定人，則彼此約定之約因為何？」（楊楨，同註 3，108 頁）。

依語言分析哲學的角度，英美學者至今對「約因」做描述的學說，許多皆犯有語病或語焉不詳，顯然仍需多求助於語言分析哲學的訓練來釐清問題。「美國契約法第二次匯編」不再強調「『約因』是由『受允諾人』提供」、也不再明言「『允諾人』是遭受損害的一方」（請參閱 望月禮二郎，同註 16，299-300 頁）。這或多或少是代表想擺脫僵化的傳統對「約因」的解釋，而只聚焦在「約因」的真正重點，即雙方透過「交易商談」（bargain）想要做一種交換，這是一個法學上的進步。

6.4.2 對「約因」所加諸的限制之規避

發展自十六世紀下半葉的「約因」學說是英美法獨有，其乃源自於英國法在嚴格的「令狀制度」下，對於沒有依嚴格形式訂定的契約也能藉此賦予契約拘束力、即可強制執行⁴³⁷。但是，固守須有約因才可以請求強制執行，有時候將造成不正義的結果。例如張三允諾贈與李四一筆金錢供其留學，於是李四信賴張三的允諾而辭掉工作而專心補習英文；如果張三反悔，則李四將因信賴而遭受損失，謂之「信賴損害」(detrimental reliance)。此一允諾沒有約因，因為張三允諾贈予沒有與李四「商談」(bargain)要以李四放棄工作及補習英文為對價。但是若是這個契約無法被執行，則對蒙受損失的李四不公平。於是英美法在衡平法上發展出「允諾之後禁止反悔」(promissory estoppel)原則，此原則「規定在缺乏約因的情況下，若允諾人能預見被允諾人會信賴其允諾，則被允諾人對於允諾人之允諾的信賴，將使該允諾有拘束力或可被強制執行」⁴³⁸。在「美國契約法第二次匯編」(Restatement of the Law, Second, Contracts)第90條第1項對此原則詮釋如下：「允諾人對其允諾所引致允諾相對人或第三人之作為或不作為係可合理預見，且唯有履行其允諾始可避免不公平結果產生時，該允諾有拘束力」⁴³⁹。在此，贈予契約本無約因，但是「允諾相對人」的「信賴損害」被視為約因，歸根究底，目的只是想要逃避「約因」學說的僵化性、不符合現今世界生活中所被追求的目的。尤其是在「慈善性的捐贈」(charitable subscription)的例子中，更可以看見法界為了實現促進社會公益的目的而創造新的法律原則；即要適用「允諾之後禁止反悔」原則，原本尚需有「允諾相對人」遭受「信賴損害」為前提；但是許多慈善事業機構在允諾人允諾給予金錢捐助之後，只是靜靜等待，並沒有因此有任何行動，也就是說連遭受「信賴損害」都沒有。鑑於這種情形，「美國契約法第二次匯編」第90條第2項規定，對慈善事業允諾的捐贈縱使在「允諾相對人」之一方沒有發生「信賴損害」，同樣可被強制執行。這可被視為新的「允諾之後禁止反悔」原則⁴⁴⁰。

由對「約因」學說的修改、即規範出各種不需約因仍有拘束力的契約，可顯現出法律為了適用現代社會之所需而做出的迅速自我改變。如 Cooter 及 Ulen 所言：「在契約的交易理論中，「約因」意指的是被允諾人為了誘導出允諾而給予允諾人的東西。...約因使承諾得以被強制執行。...當時間流變，這個原則的例外越積越多。...法庭使用『約因』一字已經變成是指『使承諾可被強制執行的東西』（而不再是指被允諾人為了誘導出允諾而給予允諾人的東西）」⁴⁴¹。

⁴³⁷ 請參閱 楊楨，同註 3, 87 頁；以及 望月禮二郎，同註 16, 289 頁。

⁴³⁸ Burnham, 同註 27, 257 頁。

⁴³⁹ 引自 楊楨，同註 3, 130 頁。

⁴⁴⁰ 請參閱 同上，118-120 頁。

⁴⁴¹ Cooter/Ulen, L&E, p. 181.

Posner 在其「法律的經濟分析」一書中抱怨道：「爲什麼法律不簡單地提供一種有用的形式，讓人們不需要約因也可做有拘束力的允諾，或者建立出不需要約因的案例之特別分類」⁴⁴²。其實他的期望已經被做出了。在「美國契約法第二次匯編」第 82 到 94 條列舉了沒有約因契約也有拘束力的各種情況⁴⁴³。可能 Posner 所希求的是官方的法律本身能做出更明白的規定。

6.4.3 「約因」尙存的意義之省思

由於對「約因」的意義不明、眾說紛云、對其內涵瑣碎的爭辯其實無甚意義，而且又日漸增多無約因亦可強制執行的規定，於是有人亦主張廢除掉「約因」的學說⁴⁴⁴。但是亦有人認爲「約因」學說仍具備多方面的功能，故不宜輕言廢除，Posner 亦認爲「約因」學說的存在有利於效率，並列出若干事例。筆者認爲，「約因」的正面功能，一言以蔽之，皆是來自它要求一種交互性、即對價關係，茲歸結出下列幾點約因的功用：

第一，由於對於交互性、對價關係的強調，則原告不能以僅僅以被告有給予允諾他某事物就遽爲請求，而是要能證明的確存在一個「交易」，即「商談」（bargain）過要互相交換；「約因」可以成爲「雙方當事人意向的證據」（evidence of the intention of the parties）⁴⁴⁵。例如在 *Alaska Packers' Assn. v. Domenico* 一案中，被告在舊金山僱用一批船員到阿拉斯加海域捕魚，當到達目的地時，船員宣稱如果被告不提高工資則拒絕作業，被告迫於情勢只好答應，但回到舊金山後被告拒絕給付更高的工資，因而船員提起訴訟；結果船員敗訴，因爲沒有「約因」；捕魚乃原契約要求的工作內容，船員並沒有提供更多的工作，被告何以會提高工資；此案用「約因」學說避免人履行在被脅迫下所訂的契約⁴⁴⁶。類似的判決見於 *Stilk v. Myrick* 一案，有一船由倫敦開往波羅的海，船員共十一人，途中兩名船員逃亡，船長答應若其餘船員將船開回到倫敦，就將逃亡的兩名船員的工資分給他們，但是回到倫敦之後，船長拒絕履行因而被告；法院判決原告敗訴，因爲將船開回倫敦乃依原契約船員應盡的義務⁴⁴⁷。但是這裏顯示出判決的彈性空間，因爲少了兩名船員，其他人的工作負擔顯然加重，故不是不能理解爲有新的「約因」出現。又一例可資證明：在 *Hartely v. Ponsonby* 一案，亦是一艘船本有船員三十六人，中途大量逃亡，僅剩十九人，其中只有五人懂得駕船，船長答應增加工資，但事後過河拆橋拒絕履行，船員提起告訴而獲得勝訴，因爲逃亡事件使得航行變得危險，原告本有不履行航行的權利，故原契約已失去拘束力，可以再立新約，

⁴⁴² EAL, p. 109.

⁴⁴³ 請參閱 望月禮二郎，同註 16, 300 頁。

⁴⁴⁴ 請參閱 楊楨，同註 3, 157 頁。

⁴⁴⁵ 同上，157 頁。

⁴⁴⁶ 請參閱 EAL, p. 110.

⁴⁴⁷ 請參閱 楊楨，同註 3, 98 頁。

而新約中船員的允諾即為約因⁴⁴⁸。

第二，「約因」學說避免人必須在履行他在不慎、或日常生活所做出的施惠的允諾，也讓法院不必為這些事件所引起的糾紛所糾纏。除非是施惠的允諾已經引起了「信賴損害」或其它法律有規定的要件才可以請求履約。

第三，由於對於「對價」的強調，契約中若是對於價金、或計算價格的方式表示不清者，法院可拒絕受理這些案件。通常法院在契約中未寫明價金時，亦可參照市場價格代為決定。但是 Posner 作為自由市場機制的擁護者，對此是極力排斥的，故他說：「法院就決定物品應以何等價格出售這種問題上並不比他人高明。反之，在絕大多數情況下，買賣雙方的協商卻是決定可使雙方獲利的價格之更可靠方式...。當事人不應被准許將協商價格的成本轉移到為司法體系付錢的納稅人身上」⁴⁴⁹。

就上述而言，「約因」學說在無償契約債務人得任意悔約上有其功能，但這並不是民法上的重點；至於被脅迫之意思表示是有瑕疵的，被脅迫人自得拒絕履行。而今日之生活，為了達成多種增進社會福祉的目的，已經出現越來越多的例外，正是想逃避約因學說的過度束縛。約因學說在今日已漸失其價值。

第七章 侵權行為法

7.1 對「Hand 公式」的再省思與釐清

在進入到侵權行為法的領域中，應該選擇對現今社會生活最具有密切相關意義、最有前瞻啟發性的主題，來做重點式的深入探討；而這應屬以下幾點：

第一，法律經濟分析學派將「是否盡到注意義務」的判準，由傳統上道德性的、理性常規性的尺度，轉向以經濟效率、即以「是否增加社會財富」為判準。

第二，二十世紀後期「嚴格責任」（無過失責任）的復興，尤其導至在「產品責任」上採取無過失主義（即消費者保護的重要問題之一）的問題，影響民生及工商業的生存至鉅。

⁴⁴⁸ 請參閱 同上，98-99 頁。

⁴⁴⁹ EAL, p. 109.

第三，現代式的先進社會逐漸走向多種（如在職業災害、汽車事故中）不基於過失、不追究責任的保險補償制度，來建構充分且廣泛的保障，作為實現社會安全的主要方式，以取代傳統的侵權行為法之賠償；這一趨勢，特別值得關注及思索⁴⁵⁰。

7.1.1 「過失」作為歸責的基礎

首先要探究的是法律經濟分析學派對判斷「過失」之判準所提出的特殊立場。

古代社會，不論在民法、刑法領域，均曾盛行「結果責任」，只要有侵害的結果發生，行為人即應賠償或受刑，而其是否有過失或可責性，在所不問。直到十九世紀，過失責任漸成侵權行為法的原則，取代結果責任主義。這除了是對個人尊嚴及人權的尊重之外，也同時是基於當時興起的工業社會之需要。如王澤鑑教授所言：「在結果責任主義之下，若有損害即應賠償，行為人動輒得咎，行為之際，瞻前顧後，畏縮不進，創造活動，甚受限制；反之，若依過失責任原則，行為人若已盡相當注意，即可不必負責，有助於促進社會經濟活動。現代資本主義之發達與過失責任主義具有密切關係」⁴⁵¹。望月教授亦指出：「在此，『沒有過失也就沒有責任』，從而起到了縮小侵權行為責任的作用。...法律的此一傾向是符合產業革命以後的社會經濟要求。急速發展的工業化、城市化增加了意外事故的可能性，對於這些事故所有有關的人都課以責任的話，就會阻礙企業的活動...」⁴⁵²。

在採用「有過失方有責任」的原則之下，首要任務便是要探討什麼叫做「過失」。「過失」被界定為「某人怠於對他人的注意義務，其後果導至他人蒙受損害」⁴⁵³。由此，又導出必須先探知何謂「對他人的注意義務」？即要怎麼注意？注意到何種程度？這在英美法中，是設想一個在每一特定情境中的「理性人」（reasonable man）可以「合理地預見的」（reasonably foreseeable）行為結果為判準。「過失，乃一般具有理性之人，認為應為之行爲而不為，或一般具有理性之人認為不應為之行爲而為之之謂」⁴⁵⁴。這包括會特別考慮到如果行為人是某一特定專業、行業的人應有的預見能力，而也會由每一種事態發生損害的可能性、嚴重性、預防成本的高低...等等性質上之差異來判定行為人所付出的注意是否已算是足夠⁴⁵⁵。

⁴⁵⁰ 請參閱 望月禮二郎，英美法，郭健 譯，台北 1997，131 頁；與 王澤鑑，侵權行為法，台北 2002，27-40 頁。

⁴⁵¹ 王澤鑑，同註 1，15 頁。

⁴⁵² 望月禮二郎，同註 1，127 頁。

⁴⁵³ 同上，139 頁。

⁴⁵⁴ 林益山，消費者保護法 二版，台北 2001，160-161 頁。

⁴⁵⁵ 請參閱 望月禮二郎，同註 1，140 及 152 頁。有關英美法所想像的所謂的「理性人」，究竟是什麼樣的、如何舉措的一種人，Loard A. P. Herbert 給予一種略帶嘲諷的長篇描繪，極富趣味，可參閱在 Cooter/Ulen, L&E, p. 299 中之引述。

這樣的標準，法官必須去想像何謂一般有理性的人能夠合理預見的行為結果之範圍；這將不能避免法官主觀的認知與評價，故有其模糊性。而要判斷是否已因怠於注意的義務而有過失，在歐陸法系的情形也一樣曖昧不清，皆是訴諸評價性的文字敘述。我國民法並沒有對「過失」有所界定，學者常指涉我國刑法第14條第1項：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失」，或引用最高法院19年上字第2746號判例謂：「因過失不法侵害他人之權利者，固應負損害賠償責任。但過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意為斷者，苟非怠於此種注意，即不得謂之有過失」。

法律術語上稱上述的那種判定過失的標準為「客觀」的認定標準，意即不是以個別行為人的心理狀態為考慮，而是以「一般社會大眾在合理且相似之情形會採取的注意」為標準⁴⁵⁶，在德國民法上，則稱為「在交易中一般的謹慎」(die im Verkehr übliche Sorgfalt)，或亦譯為「交易上必要之注意」⁴⁵⁷。然而，這種所謂的「客觀」標準，絕非實證科學的信徒所謂的「客觀」，如Cooter與Ulen所說的：「歐陸法系的律師經常會對要求合理注意的規範感到無助，因為這種規範看來給人們太少的指引、而又給予法官太多裁量的空間了」⁴⁵⁸。總之，傳統上判定「過失」的標準，不是習慣於具體確實數字的經濟學家所能接受的；他們認為這種「客觀標準」一點兒也不「客觀」。

此外，傳統上侵權行為法主要考量的是人的道德義務及人際間的公平，並不是完全以純粹的經濟效益為依歸，而這種標準也非法律經濟分析學派所接受。則法律經濟分析學派對「過失」的判斷標準另闢蹊徑，自是意料中事。

7.1.2 「Hand 公式」符合經濟學意義的效率嗎？

法律經濟分析學派常指涉「Hand 公式」(the formula of Judge Hand)，即認為 Learned Hand 法官在 1947 年的 United States v. Carroll Towing Co. 一案中提出的 $B \geq L \times P$ (B 為投入的預防金額，L 為事故發生的損失金額，P 為事故發生的機率) 公式來作為判定行為人有無過失的準則，是一種符合經濟效用的標準。

但是如果我們仔細探究，就知道這個流行的理解是大有問題的；至少，就什麼意義下「Hand 公式」能被說是「符合經濟效益」，必須再進一步被釐清。例如，我從事一項活動，平均每十年會出一次事故，所以每年發生事故的機率是 1/10；而若發生事故，損害的金額是一萬元；則我每年必須投入 $1/10 \times 10000$ ，即一千元從事預防的工作，如此我就是無過失；如果依然還是出事了，我便沒有責任。但是，事故（在沒有任何預防的情況下）本來平均十年才會發生一次（在此我們當

⁴⁵⁶ 范建德，消費者保護法：基礎理論，台北 1999，46 頁。

⁴⁵⁷ 朱柏松，侵權行為理論發展之新趨勢，在：法學叢刊 153 期 40-66；64 頁。

⁴⁵⁸ Cooter/Ulen, L&E, p. 298.

然要假定 P 值是正確的，否則就無法討論），也就是說十年會損失一萬元。但是我每年花費一千元做預防，十年下來我也一樣要花一萬元。假設一種最好的情況，即我只要每年花費一千元做預防，就能將事故的發生率減到零，即無損害；那麼，我本身還是支出了一萬元，和完全不做預防所損失的錢是完全一樣的，並沒有減輕社會財富的損失。何況 Hand 法官根本沒有說、也不可能說，花費了 $B = L \times P$ 的金錢做預防之後，到底能不能降低事故發生的機率(P)或損害金額(L)；如果完全沒有減低 P 值或 L 值，則十年下來，我總計投入了一萬元，而還是發生一次事故又損失一萬元，則社會財富的總損失，是兩萬元；比完全不做預防，而每十年之間發生一次損失一萬元的事故(而後我因為有過失而將我的財富一萬元轉移給受害人〔請注意財富的移轉並不是社會財富的損失〕)，反而讓社會的財富更短少一萬元。或若是我投入 $B = L \times P$ 的金錢做預防之後，假設對 P 值、或 L 值、或兩者都有降低的功效，以至於十年中發生事故損失金額的期望值由一萬元下降到五千元，則十年下來，我總計投入了一萬元，而仍發生一次事故又損失五千元，則社會財富總共損失了一萬五千元；比完全不做預防，仍多出五千元的損失。

由此看來，「Hand 公式」為什麼會被認為是促進效率的呢？豈不異哉？或者，是什麼意義下可以被認為是有益於效率的呢？這似乎是需要再好好說清楚的！

如前所述，原本，法律上判斷有沒有「過失」，除非在某些情境下能夠以法律規定的數值(如車速限制、污染排放標準值)的被違反來推定之外，在大多數情況下，在英美法上是以「理性人」為標準，而歐陸法系則例如是以「應注意，並能注意，而不注意」為標準。總而言之，這都是非常抽象難以捉摸、哲學性的標準，事實上繫於陪審團或法官的判斷。在「過失」是繫於這種評價性的基準時，則到底行為人要投入多少注意(可以換成說是究竟要花多少錢)才能算是已善盡注意的義務而沒有過失，將是撲朔迷離、令行為人事先無所適從的。行為人不曉得自己在每年花了一千元、三千元、八千元做預防之後，萬一事故依然發生，自己能不能被法院認定為無過失。於是 Hand 法官提出其公式，以一種至少在理論上(因為實際上要估計 L 值與 P 值是極為困難的，而且這種困難恐怕不亞於由傳統上理性常識的標準來判斷是否有過失)可以用具體的金錢數目取代哲學性的抽象原則的標準，讓行為人知道自己要做到什麼程度才叫「已善盡注意的義務」，這就是「Hand 公式」劃時代的意義。而 Hand 法官設定此「免責點」是 $B = L \times P$ ，顯然是一個很直覺式、帶有道德上「道義上我做到這個地步應該說得過去了」味道的一個標準；其公式本身的提出仍帶有哲學性、「道義上的直覺」的色彩極為濃厚，故為什麼要如此設定仍可爭議；但是按其公式(在理論上)卻能產生以明確具體的數值標準作為行為指南的結果。

Hand 法官提出其公式，並不是以「增大社會財富」為目的，如前所分析的，它不會導至積極地增大社會財富，而是依舊減少社會財富。Hand 法官並不是以經濟學家的思考方式而思考的人。故依筆者之見，「Hand 公式」的意義是僅在於

下面兩點：

第一，用一個至少在理論上可以供應明確數目的標準來讓行為人知道自己應做到什麼地步就夠了（例如投入一千元的預防費用），避免法院沒有絕對客觀標準的判定，則一個人甚至花了兩千、五千、八千，竟然還被法院認定為有過失，則行為人就很可能會在平常投入更多的金錢來做預防。所以「Hand 公式」如果硬要說其有經濟上效率的意義，只能說它是消極性的「避免浪費、減少損失」，即避免行為人因為法院漫無客觀標準的判斷而投入過大的費用做預防。但是「Hand 公式」並沒有 Posner 這種經濟學家式的思維，即要積極地「擴大社會財富總量」的企圖與效果；而是只能達到「如果社會財富要減少，也不要減少得那麼多」之目的而已。

第二，「Hand 公式」還有等於「買保險」的功能。例如，如果我如果不花錢做預防，則十年之中發生一次事故（也許就發生在第一年），我因為有過失，就要馬上拿出一萬元現金來填補受害者的損失。若我每年都投入一千元做預防，十年下來我仍是要花費一萬元，但是我因為沒有過失，所以事故發生時就不用賠償，即表示我用不著臨時去籌款一萬元。即我寧可選擇每年付一千元，避免一次要付一萬元（而籌不出錢）的情況。這和買保險是一樣的功能。

7.1.3 「邊際 Hand 公式」的提出及檢驗反省

我們已經釐清了「Hand 公式」的真正意義，避免了對它的普遍誤解。經濟學家們及 Posner 都能察覺到「Hand 公式」根本沒有積極的、創造更多社會財富的功能，因此，以「擴大財富量」為目的之 Posner 法官，便認為「Hand 公式」應該被修正。修正的指針就是要「能夠擴大社會財富」，即以一種真正經濟學式的目標取代 Hand 法官仍舊是基於道德哲學式的思維下的目標設定。在這種純經濟考量的指針下，Posner 便指出，「Hand 公式」中的 B 與 $P \times L$ 皆應該被理解為「邊際值」， $B=1$ ，1 就是指「最後被投入的一塊錢」；而「免責區」應該是在 $B \geq P \times L$ 的範圍（即 $P \times L$ 小於或等於 1 時，行為人便無過失）。即如果我每投入一塊錢預防，能產生避免發生大於一塊錢的損害之情形，則我就有義務繼續投入金錢做預防，直到我投入的一塊錢正好只能產生避免發生價值一塊錢損失的事故，則我就達到了「免責點」、或「最適當的預防之量」（ $B=P \times L$ 時）；因為再下去，我再投入一塊錢，只能產生避免小於發生一塊錢的損失的成果，則這表示我越投入預防，社會財富的量越是減少，得不償失，所以不值得再繼續做這種預防的投資。而依「社會財富最大化」的尺度，不做這種投資就沒有過失，而如果我做了這種過度的投資，當然也沒過失（但是依 Posner，這是沒有必要的浪費）。經濟學家 Cooter 與 Ulen 將此修改過的公式稱為「邊際 Hand 公式」。如他們所指出的：「邊際 Hand 公式說明了，如果加害人的邊際預防成本低於能產出的邊際收益，

則其就有過失」⁴⁵⁹。

Posner 及經濟學家們站在以「擴大社會財富」為唯一圭臬的立場來思維，對傳統之「理性人」這種曖昧不清、更不能保障訂立「過失」的標準一定能擴大社會財富的尺度，自然是加以嗤之以鼻、棄置一旁的。「理性人」不是 Posner 能接受的判準，他要的是一個確定能增大社會財富的具體標準，即「邊際值」意義下的 $B=1 \geq P \times L$ ，也就是「邊際 Hand 公式」。

這麼說來，當行為人達到「邊際 Hand 公式」下認為最適的投資點時，有可能就傳統道德及常識理性的觀點來看，他仍是極為疏忽粗心、漫不經心的行為人，而在這種情形下他傷害了別人，在道德上應受譴責；但是依 Posner 的尺度他卻是完全正當的、已經善盡注意的義務了、無過失的；因為 Posner 唯一想討論的道德標準就是「擴大社會財富」而已⁴⁶⁰。對此，王澤鑑教授的批判可供參考，王教授說道：「傳統的侵權行為法植根於個人的道德性，其所著重的是個人間的公平，而非在增進廣泛的社會政策或福利。...綜合言之...過失的認定亦應考量經濟因素，誠有必要，然侵權行為法的理念在維護個人自由並合理地分配損害，非僅為成本效益的微積分，不能使侵權行為法上的善良管理人成為冷血、精於計算的經濟人」⁴⁶¹。當然 Posner 還是會認為拿「道德」、「公平」來作為判斷行為人要做到怎麼樣的預防程度才算是沒有過失，終究是漫無標準、武斷主觀，而令人無所適從的；但是筆者認為，Posner 若是以為拿「邊際值意義」的 $B=P \times L$ （邊際 Hand 公式）當作判斷的標準就必能達成增進社會財富的目標，也是過於天真；因為也有可能一個事故的預防達到「邊際值意義」的 $B=P \times L$ 之投資點時，也許已經遠遠超過依照傳統道德及常識理性的觀點所要求的投資；也就是說，依照傳統的尺度，行為人還不必花這麼多錢才能被認為已善盡注意的義務。所以，如果說傳統的道德性的尺度是撲朔迷離的，那麼採用 Posner 的尺度是不是一定能達成擴大社會財富的目的，也一樣幽冥難測的。

暫且不純粹以倫理學的角度來批評法律經濟分析學派的尺度，筆者接下來要申論的是：就算是站在 Posner 自己的體系內來檢視其所提出的「邊際值意義」的 $B=P \times L$ 作為最適當、有效率的預防之投資點（即「免責點」），他的這個判準都是充滿疏誤的，即這是一個太過簡化下所提出的公式，它只設定一種理想化的情境。但真實上的世界卻是充滿千千萬萬種不同的情況的，根本不是這個公式所能勝任的。

筆者先陳述五種情況，以澈底地闡釋 Posner 這個公式的疏漏。在這五個不同的例子中，都是從事一項活動，每年發生事故的機率都是十分之一，而若發生事故，損害的金額都是一萬元，則每年發生損失的預期值都同樣是一千元，如果

⁴⁵⁹ Cooter/Ulen, L&E, p. 314.

⁴⁶⁰ 如本書的導論及第一章已論述得很清楚了，如果世界上還有其它的道德尺度，Posner 也不想討論。

⁴⁶¹ 王澤鑑，侵權行為法，同註 1, 300 頁。如此，當行為人達到 $B=P \times L$ 的投資點時，已經沒有責任了，縱使其預防依常識而言是如何地不足，我們也不能指責他。因為他會說：「我已經達到標準了，沒有理由也休想要我再多花一塊錢」！

採取預防措施以減少損失發生的機率（P）或損失金額（L），每年投入的金錢加上下降後的損失預期值小於一千元，則就是有效率的、增加社會財富的。但是在這五個不同案例中，金錢投進去所會產生的預防效果卻是彼此不同的。

第一種情況：

在此例中，我們**每次投入的金額是一元**，筆者只是爲了製表上的簡潔，所以每到又多投入一百元時才寫出來。

我們看到，投入到第一個 100 元時，預期損失金額降到 880 元（即第一個被投入 100 元能產生預防 120 元損失的效用）；而後我們再一元一元地投下去，到第二個 100 元時（即共已投入 200 元），預期損失金額再降到 770 元（即第二個被投入 100 元能產生預防 110 元損失的效用）；而後我們再一元一元地投下去，到第三個 100 元時（即共已投入 300 元）第三個 100 元投下去，預期損失金額降到 670 元（即第三個被投入 100 元能產生預防 100 元損失的效用）。

我們假設再投入的金錢其邊際效益持續下降，則在此情況下，最適當的預防之點（即「免責點」） $B=1=L \times P$ 何在呢？

我們若假設從投資 200 元到 300 元之間效益的改善（預期損失金額的減少）是逐元等比例下降的，則這個最適當的預防點是在 200 元到 300 元中間的金額、即 250 元，也就是投入到 250 元時，那一塊錢正好可預防一塊錢的損失（超過 250 元就小於預防的損失就小於 1 了）。但是爲了簡化理解，吾人可以假設到從投資 200 元到 300 元之間的效益之遞減並非是等比例的，而且是在投資到第 300 元時突然效益驟降，跌到 1 元以下，而一直到投資至 299 元時，每一塊投資的錢都有大於減少 1 元以上的損失的效益（或是第 299 元所預防的損失正好等於 1）。所以，結論是，投資 299 元是免責點，只要行爲人投資 299 元，則發生接近 670 元的損失時，行爲人便沒有過失，由受害者自己承擔接近 670 元的損失。兩者相加是接近 969 元，小於完全不做預防之下有 1000 元的預期損失金額。故在這個案例中，我們能做一個有效率、能夠增加社會財富的預防。

第二種情況：

在此，投入到第一個 100 元時，預期損失金額降到 880 元，即第一個投入的 100 元產生了能減少 120 元損失的效益。依此投資下去，到投入第五個 100 元時，預期損失金額爲 380 元；而由投入 400 元到 500 元，這多投入的 100 元正好減少了 100 元的預期損失金額。假設在此例中投入金錢做預防工作的邊際效用一直是遞減的，並假設在第 500 元被投入時，才

產生減少小於 1 元的損失的效果；則在此案例中，最適當的預防點即投入 499 元做預防，而只要投入這個金額，就沒有過失，而一旦發生發生接近 380 元的損失時，由被害人自行負擔此損失。兩者相加是接近 879 元，小於完全不做預防之下有 1000 元的預期損失金額。

故在這個案例中，我們也能做一個有效率、增加社會財富的預防。

由至此兩個例子中可以知道，決定行為人究竟應該投入多少金錢做預防，完全繫於每一種不同的事態中金錢投入所會產生的預防邊際效益走向，故金錢的多少是要視客觀事態而定；這是和原始的「Hand 公式」不一樣之處；即兩個案例同樣是預期損失金額為 1000 元，但在第一例和第二例中所應做的預防投資並不相同，反之若依原始的「Hand 公式」則皆是應投入 1000 元。對於投入金錢數量不確定的情形，在依傳統的尺度作為預防程度判準的情形也是一樣的：有的事態要投入許多金錢，才會被理性的常識或者道德認為是足夠的預防；有些事態可能當我們認為已經做了合乎情理的預防時，其實花費並不多。

固然用「理性人」或其它經驗性、評價性的尺度來決定從事預防的程度，將不能完全避免有見仁見智的爭議，但是 Posner 以增加社會財富為標準來決定預防所應達到的程度，能夠給人類帶來更大的安全或幸福嗎？縱使在上述兩個理想的案例中，社會財富是增大了，但如前所述，財富增大原本就不一定代表幸福增加，特別在侵權行為法中更不能輕易忽略財富不等於幸福的問題；因為侵權行為代表的是對他人的損害，這些傷害之中如名譽、身體、健康，都不是用金錢能真正衡量或填補的，法律只是不得已「姑且給個價錢」做為賠償，其實這些損害、或者說受害者的這些幸福損失，並不能真正認為用法庭估計金錢就被填補了，即其實並不是真正等於法院在事發後判賠的金錢而已。所以在侵權行為法中，完全脫離理性與道德的考量，僅僅純粹以金錢數量增減的眼界來看世界，而斤斤計較地算計投資於避免脫險的費用，是大有問題的。如王澤鑑教授所指出的：「...過失的認定尚包括生命、身體、健康、自由、名譽、隱私等非經濟的價值，難以金錢或財富加以計算衡量。...在人身侵害案件多欠缺精確資料，縱或有之，如何予以量化，顯非容易」⁴⁶²。

第三種情形：

法律經濟分析學派所提出的以「邊際值意義」的 $B=1=P \times L$ 之為最適當的預防之點，顯然只一廂情願地想像一類理想狀況，即上述的兩個案例中所顯現的情形。但是事實上世事未必如此。很可能一開始所投入的每一塊錢都沒有辦法達到產生大於防止大於一塊錢的損失之效用，而是邊際效用遞增，要到一個金

⁴⁶² 同上，300 頁。

額的投入之後才能夠產生大於防止大於一塊錢的損失之效用，然後再遞減，又降到投入的每一塊錢產生預防小於一元的損失，例如在本表中所顯示的情形一樣。

而難道法律經濟分析學派要主張由於投入的第一塊錢並不能產生預防大於一塊錢損失的效用，所以在這個情形下根本完全不必採取任何預防措施了嗎？還是願意主張仍應做預防，待邊際效用上升、再下跌到產生低於 1 元的效用時才收手？如果是主張後者，則顯然依如前所述的道理，在本案例中，最佳的預防點是投資到第 699 元，而預期損失金額可降到接近 305 元。但是問題是兩者相加已超過 1000 元，並沒有辦法產生增加社會財富的結果，頂多只是對行為人有利，因為其等於每年花費 699 元就可以買到免責。但是並無法增大社會總體財富。那麼，顯然，Posner 的公式必須加入例外的條件加以修正，即如果發生本案例的情形，則最預防佳投資點以：「預防的花費」+「預期損失金額」 ≤ 1000 （都不做預防時的預期損失金額）為基準。

但是我們在此立刻又將發現，如果以「預防的花費」+「預期損失金額」 ≤ 1000 為標準，在這種案例中，就不是一個點、而是將會有兩個點都可以滿足這個標準，例如在本例中，在投入還不到 200 元時，就會遇到第一個「預防的花費」+「預期損失金額」=1000 元的點。決定應選擇哪一個點，差別只在加害者（預防者）及受害者雙方承受的金額在不同而已，但就社會財富總量而言都是一樣的。則究竟要選擇哪一個點呢（偏袒加害者或偏袒受害者）？如果依法律經濟分析的立場，顯然還要再進一步分析偏袒加害者或偏袒受害者的不同選擇各自會對後續的社會經濟發展帶來什麼結果。

第四種情形：

如表所示，在這個案例中，和案例三相同，也是一開始所投入的每一塊錢尚無法達到產生超過一塊錢的預防損失的效果，而且邊際效益上升得比案例三更為緩慢，以至於等到所投入的每一塊錢能夠產生大於防止大於一塊錢的損失之效用，然後再遞減，又降到投入的每一塊錢產生預防小於一元的損失，由此找出最適當的預防投資點，則此一點已經超過 1000 元了，在本案例中是 1099 元，能讓預期損失金額降到接近 5 元。

在此案例中，行為人的最佳投資點都本身已經超過 1000 元了，當然不會增大社會財富。那麼，顯然和案例三的情況一樣，Posner 的公式在此要再加入例外的條件加以修正，即如果發生本案例的情形，則最預防佳投資點仍是以「預防的

花費」+「預期損失金額」 ≤ 1000 （都不做預防時的預期損失金額）為基準。

第五種情形：

假設不論投資多少，所投入的每一塊錢永遠不能產生防止多於一元的預期損失金額。那麼在這種情形下，投資做預防永遠是得不償失的，根本不值得做。則 Posner 依其「財富最大化」的價值觀要怎麼處置這種情況呢？顯然就是根本不必做任何投資，也就是說，一旦有事故發生，除非行為人是故意的，否則他即使沒有做任何預防也沒有責任。

上述的五種情形只是世上無數多種可能性中之五種而已，事實上還會有更多的困難情形，例如筆者可以再指出「第六種情形」，即如果投入的邊際效用不斷上下波動，不斷在大於及小於 1 的效用間上下波動起伏，則要尋找最適當的預防投資點，必須看在哪一個大於 1 的點上，所導至的「預防的花費」+「預期損失金額」是最小的。

總之；由上述諸案例的闡述可知，依 Posner 的法則，最適當的預防點有時不存在（第五種情形）；就算是存在，吾人亦應反省到更深的問題，即縱使以純粹經濟的眼光能告訴我們藉著要不要投資、或投資到什麼程度做預防能夠在「假設上」（因為事實上許多事物難以用金錢估價）增加社會的財富，但是在侵權行為法這種也會涉及對人的聲譽尊嚴及健康生命損害的領域，完全脫離道德的考量，僅僅純粹以金錢數量增減的眼界來決定行為人應該付出多少，斤斤計較地算計投資的邊際效用，是否是一個重視人權與人性尊嚴保障的社會所當為，相信賢明的讀者們已經非常清楚了。

7.1.3.1 邊際效用思想的困境與他種出路

另外，Posner 在討論其公式的運用時，顯然所想像的是一種行為的造成固定一種、特別是只有一個對象的損害（例如開車撞到某一個人）。但他沒有設想到同樣一種行為會有不同的損害對象情形，而這對其公式的運用，會有殊堪玩味的問題可供探討。即例如兩個人在不同的地區開設了一模一樣的工廠，工廠污染了同樣廣大區域的空氣，但張三工廠的污染區有人口一百萬人，李四的工廠污染區內只有居民十人；人口相差十萬倍。這會對公式的運用產生什麼不同的結果呢？

假設污染將使得每年有百分之一的居民生病，而將每一位生病者治療到完全恢復健康必需花費一萬元，則在完全不預防的情況下， P 是生病的機率（ $1/100$ ）， L 只是每一個生病者的損失（10000），故當受害者不止一人時，我們還要乘上人數 N ， N 是居民人口數（1000000），則每年預期損失金額是 $P \times L \times N = 100000000$ （一億元）。依照 Posner 邊際值意義下的 $B=1 \geq P \times L \times N$ 之公式，假設張三投入到第六千萬元做預防時，可以產生最後一個減少損失大於一元的邊際效用，則張三應投入六千萬做預防。現在再探討李四的工廠，其與張三工廠雖然污染的程度

是一模一樣的，但是因為座落的地區有別，其面臨 N 值不同（只有 10）。所以在適用 $B=1 \geq P \times L \times N$ 的公式作為李四的預防標準時，李四的最適當預防投資金額必然低於六千萬（因為李四的 N 值與張三面臨的 N 值相差十萬倍，故不必投資到第六千萬個一塊錢，就可以達到 $B=1 \geq P \times L \times N$ 的點）。這代表李四的工廠因為座落在人口較少的地區，所以可以投入較少的金錢做污染防治的預防，則這也表示李四工廠周圍的居民必須比張三工廠周圍的居民忍受較差的空氣品質，也就是李四工廠周圍的居民成了二等國民⁴⁶³。

有關工業污染的侵權行為問題，顯然在今日工業社會中已成為一個棘手的問題。事實上，即使不是因為基於經濟效率的公式的推演結果，而是基於一般常理判斷來擬定政策，政府也會自然而然地把人口稠密地區的環保要求訂得較高，而人口稀少地區的環保標準訂得較鬆。如果沒有給予受害者其它補償，這同樣是有「二等國民」的問題。

若真的無法藉著工業區與住宅區的劃分、環保科技的提升、污染工業的禁止...來完全消除污染，則為了避免上述這種不平等的對待，就應該給予受污染的居民足夠的補償，而這補償的金額是以正義為標準的，並不是如 Posner 以「只許社會財富總量變大而不准變小」為標準。而這種正義的補償有時透過廠家與居民的協商給予居民回饋金、有時透過政府向廠家徵稅而後給予居民補償金的方式而為之。

今日工業社會污染的問題，極為棘手，其實難以達成一種真正嚴格意義的雙方樂意的解決，而頂多是一種妥協意義下的協議解決。在各種解決方法中，Coase 以「將權利判給產值較大的一方」的這種方式，完全只一意汲汲謀取事情解決的方便性及財富最大化，而全然沒有人權的考量、完全不知人權為何物。至於 Posner 在侵權行為法的討論中提出「邊際 Hand 公式」試圖作為解決的尺規，如前所述，這是只死抱著「社會財富總量絕對不能縮水」的原則，往往不能帶給受害人公平、充分的損失填補；何況其公式只設想到一種理想狀況，而漏洞百出。

污染問題的解決需要政府良好的規劃能力；而在污染防治標準的要求上，固然要考慮廠商的成本與生存，但也要顧及人民的生存，並非完全以「社會財富總量絕對不能縮水」一個尺度就能夠公正地解決問題。

⁴⁶³ 除了這個道德性的問題之外，當然在這個討論的案例中，相關的經濟方面條件都是被預設為已被滿足的。例如由之前的討論可知，若張三應該投入的金額是六千萬元，則預期損害金額必須能被降到四千萬元以下，否則兩者相加已超過一億，依照 Posner，就沒有投入六千萬預防的必要，而是應減少投資到「預防投資」+「預期損失金額」 \leq 一億元的程度即可。

又在這種情形下（可以算是筆者所列的「第七種情形」），採用 Posner 的公式，則李四所要投入的預防金額雖然比張三的六千萬略少一點，但仍應該是一筆極為巨大的數目（仍距離六千萬不遠）。如果按照純粹效率的考量，李四乾脆直接賠償醫藥費給那十位居民也不過才花費一百萬元，何必花費接近六千萬元做污染防治工作？則 Posner 勢必又應該修改其運用公式的原則，即他應該補充道：若為了達到 $B=1 \geq L \times P \times N$ 的預防點所投入的金錢會大於整個未做預防的損失時，則應不做預防、而是直接賠償受害者的損失總金額。

足見 Posner 的公式是會遭到許多事態的挑戰而不適用的。他應該在建構學說時，再多考慮各種情況，提出較周全的理論。

7.2 無過失責任制度下的產品責任

7.2.1 商品生產與交易的改變以及消費者保護

過失責任主義曾經達成了其時代性的任務，但是隨著工業社會的再進展，卻越來越顯得不適當。因為科技的發達使得高科技的器具、設施或產品，會產生對社會大眾極大的危險，大者如鐵路事故、飛機的失事、或核能發電廠意外，小者至職業災害及個人消費的器具、食物或藥品發生危害。而高科技事故的發生有下列特色，即「造成事故之活動皆為合法而必要。事故發生反覆頻繁，每日有之，連續不斷。肇致之損害異常巨大，受害者眾多」⁴⁶⁴。而且事故的原因卻往往幽冥難測，此乃因為其涉及高科技，專家往往都未必能找出事故的原因，則一般受害者要舉證加害者的過失何在，幾乎是不可能的事；縱然設施的管理者或商品的製造者可能已盡相當之注意，也無法阻止損害有時發生。若是依過失責任，則受害者只有自認倒霉，則這顯然是叫人難以接受的不公平⁴⁶⁵。

這種情形在日常生活的消費上，早已讓消費者感到陷於困厄之境。「科技之發達使一般消費者無法在購買時，與出售者或製造者具有對等之專業知識。而也正因為如此，原先契約自由賴以存在的面對面交易（face to face deal）、一生一次的採購（因商品不多）、貨物出門前的詳細檢查及查詢（因農業社會有充裕時間），及至交易雙方的知識平等（商品不使用複雜之科技，亦非從遙遠不可及之處來銷售）等因素均已不復存在，從而在交易過程中，消費者之弱勢立即浮現，且契約自由的絕對性也受到了懷疑；社會大眾開始相信，惟有在立足點的談判地位（bargaining position）平等時方有契約自由之適用」⁴⁶⁶。面對有瑕疵的商品所造成的損害，消費者將苦無能力舉證企業的過失，則顯然傳統上採取過失責任的侵權行為法便顯露其窮，故在今日所謂「產品責任」（Products Liability）問題上，為了保護消費者，「無過失責任」便應運而生。而若觀諸歷史，這毋寧也是消費者本身透過自發性的社會運動，奮力爭取而得來的。

7.2.2 無過失責任的必要性

對於企業之經營者課以無過失責任，並非能被視為是刑法上對於沒有「罪責」（Schuld）者加諸刑罰那般侵犯人權。因為企業經營者經營企業而獲利，卻

⁴⁶⁴ 王澤鑑，侵權行為法之危機及其發展趨勢，在：民法學說與判例研究（二），台北 2002，147-184；159 頁。

⁴⁶⁵ 請參閱 林益山，同註 5，228 頁；與 望月禮二郎，同註 1，128 頁。

⁴⁶⁶ 范建德，同註 2，2-3 頁。

將過大的風險帶給社會，因此其應該承擔風險發生的損失，這被認為是正義合理的要求（筆者按，這顯然和本書第二章所探討的「外部性」問題類似，所以，不能太過簡單的以「為什麼企業沒有犯錯還要負責」來攻擊消費者保護法的無過失責任制度）；更何況企業可以用提高商品的售價及投保責任保險來相當程度抵銷賠償對企業所帶來的負擔。另外，固然事故的發生有時在即使盡到相當努力的注意時仍難以避免、也找不出原因，但是企業在管理上盡最大努力往往的確就是會產生減少事故發生的機率的效果，所以無過失責任可以促成企業加強其注意，這點是可以成立的⁴⁶⁷；雖然也有人曾論說：既然有沒有過失都要賠，所以企業會乾脆不努力預防（即無過失責任並不會讓企業更加小心）。但是，事實是，企業家作為精打細算的生意人，只要其投入預防的最後一塊錢能預估達成「被預防掉的損害賠償」以及「成本增加對企業經營的負面效果」相加之總合仍大於一塊錢時，企業家就會投入這一塊錢去做預防；而又因為發生大規模災害的賠償是巨額的、將對企業造成重大打擊的（即使企業有投保保險，但未來保險費會被調高），因此無過失責任能夠促成企業更加小心，殆無疑問。上述乃一般認為對企業經營者應加諸無過失責任的理由⁴⁶⁸。

7.2.3 無過失責任的「客觀歸責」問題

過失責任之侵權行為要成立，被認為須具備有主觀要件及客觀要件。前者包括須有責任能力、須有故意及過失；後者則包括須有加害行為、行為須不法、須侵害他人權利、須有損害發生⁴⁶⁹。

然由於「產品責任」採取無過失責任，所以在消費者請求賠償時，便不需要舉證企業有主觀的歸責原因（故意或過失）。但是，消費者仍然必須舉證有客觀的歸責原因（即客觀的歸責要件），而這在產品責任問題上一般被表述為：消費者仍必須證明：「企業的商品或服務具有瑕疵」、「消費者受有損害」、「瑕疵與損害之間具有相當之因果關係」⁴⁷⁰。

依此，消費者要提出告訴時，首先便要能夠指出商品有瑕疵。但法官如何判定何謂有「瑕疵」的商品呢？一把能切菜的菜刀也一定能傷到人的手（具有一定

⁴⁶⁷ 請參閱 王澤鑑，侵權行為法，同註 1, 17-18 頁；及 范建德，同註 7, 69-70 頁。

⁴⁶⁸ 除這些理由之外，尚有認為由企業負無過失責任的理由是因為企業財力雄厚。對此理由，會招致持不同倫理學立場者之爭議。筆者認為，還不如只需如先前所說，是企業獲利而給社會製造風險（外部性）故應負無過失責任。當然，對社會上之強勢者僅因其富裕而課以較大的負擔以濟弱勢，也並非不能立論給予理由，惟這將放在本書最後一章探討。

另外還有一種主張企業應負無過失責任的理由稱為「廣告與信賴說」：「製造廠商為了促銷其產品，均利用...廣告方式...向消費者廣為宣傳介紹...。因此消費者之購買產品完全依賴廠商對其產品之廣告，且鮮少〔有〕檢查產品之機會，或亦有之，亦因缺乏專門知識與技術而無從發現產品瑕疵；故若產品未具有廣告上所描述之品質與優點而致消費者受損時，製造商自應賠償消費者因信賴其不實廣告所受之損害」（林益山，同註 5, 243 頁）。

⁴⁶⁹ 請參閱，王澤鑑，侵權行為法，同註 1, 97 頁。

⁴⁷⁰ 馮震宇等著，消費者保護法解讀，台北 2000，53 頁。

的危險性)，但未必能說這把菜刀一定有瑕疵（除非其危險性太過了）。「美國多數法院謂：產品若無法合理適合一般或可預期之目的者，即具有瑕疵（a product may be defective if it is not reasonably fit for its ordinary or reasonably foreseeable purpose）」⁴⁷¹。依美國法律學院的侵權行為法匯編第二版，著名的 402A 節之說明，乃認為有「瑕疵」者即擁有「不合理地危險的」（unreasonably dangerous）之商品。至於什麼叫做「不合理危險」，「在實務上便有不同之判斷標準，一則為『消費者觀點標準』；另則為『被告觀點標準』。前者係指『若消費者知道了產品之危險後仍會使用它』則產品非屬具有『不合理之危險』者。至於後者的判斷方式則是探詢是否一般製造者在知悉產品之危險性後仍會將產品投入市場，若其然，則產品非屬具有『不合理之危險』。原則上，據法典第 402A 之（i）項評釋意見可知，法典係採『消費者觀點標準』」⁴⁷²。相較之，我國消費者保護法對「沒有瑕疵」的界定是在該法第 7 條第 1 項中所謂的「符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」。而為了進一步釐清何謂「符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」，又在該法之「施行細則」第五條第二項以三款列出判斷標準，分別是「商品或服務之標示說明；商品或服務可期待之合理使用或接受；商品或服務流通進入市場或提供之時期」。觀其文義，亦是傾向採「消費者觀點」為標準。

除了以「危險性」（「安全性」）來界定「瑕疵」，外國法律則有比我國消費者保護法更細膩地區分「瑕疵」的類型。以美國法為例，侵權行為法匯編第二版 402A 節之說明，則包括「設計」、「製造」及「警告標示」上之瑕疵。依照這樣的分類，受到損害的消費者在請求賠償時，其要舉證客觀的歸責原因（則第一步即要舉證企業的商品有「瑕疵」時），就必須指出商品是在哪一個部分發生瑕疵。例如若是導至消費者傷害的某公司商品，其每一件商品都是一樣的，則這表示其瑕疵是出在「設計」上；又若是某公司發生問題的產品是個案，而該公司其它的產品則無此問題，例如一個發生爆炸的可口可樂瓶，則可見這是在「製造」的過程中發生問題，即可能是品質管制上的缺陷造成的。

在此，需要留意的是，指出造成傷害的產品在哪一個領域有瑕疵，並不是在指出企業有「過失」；事實上消費者既非科技專家、根本不了解運用科技所生產的商品的過程，也沒有在場監視生產過程，所以消費者根本沒有本領去指出企業哪裏犯了過失，而採取無過失責任的「產品責任」法律也沒有要求消費者需要指出企業有過失。所以當消費者指出瑕疵位於哪一個部分時，其所做的仍只是在舉證客觀可歸責要件而已，即指出設計上或製造上結果有瑕疵，也不等於企業行為有過失，因為企業可能仍是盡了相當的注意了（但仍避免不了瑕疵）。

但是，非常值得矚目的是，Posner 卻對「產品責任」所採取的無過失責任有一種與眾不同的看法。他直言，人們將「產品責任」理解為「嚴格責任」（無過

⁴⁷¹ 林益山，同註 5, 127 頁。

⁴⁷² 范建德，同註 7, 72 頁。

失責任)是一個「名詞誤用」(misnomer)⁴⁷³。他認為美國「產品責任」法上所採取的責任制度,除了極少數例外的案例之外,其它都和「過失責任」是同一回事⁴⁷⁴。為什麼他會有如此奇特的見解呢?是他沒有弄清楚「主觀歸責要素」與「客觀歸責要素」之區別?沒弄清楚在「產品責任」中消費者的舉證只是在舉證「客觀歸責要素」而已(而非在探究企業有無過失)嗎?

依筆者之見,Posner 這種特異的看法,是有其原因的(基於其體系內在的原因)。因為特別是在舉證「設計」上的瑕疵時,傳統上,美國的法院特別盛行讓企業以「成本」(cost)作為是否有瑕疵的抗辯理由。即當原告舉證商品在設計上有瑕疵時,必須論述指出有其它的廠商有更為安全的設計,且具體可行、成本合宜,而被告卻未加以採用。被告的抗辯則是必須立基於成本上的不合理,即縱然採用某一安全設計可以提高安全性,但是成本將高得使企業的生存變成根本不可能⁴⁷⁵。足見美國法院早已特別重視「成本效益」的分析,這根植於美國資本主義社會的文化背景,又經過二十世紀七〇年代以來法律經濟分析學派的推波助瀾而更蔚為風氣。「肯頓(Keeton)及韋德(Wade)二氏, ...提出『利弊衡量說』以決定有無瑕疵之標準。肯氏認為,產品應市時,若具有不合理之危險,即屬有瑕疵,所謂不合理之危險,乃指依一名具有理性人之觀察,認為係該產品應市時,所致危險之程度大於其利者,稱之。而於衡量產品之利弊時,應將其各種用途,製造更安全產品之困難性及所增加之費用等因素列入」⁴⁷⁶。美國法院的這種實踐,顯然和我國在消費者保護法案件的司法實踐不同。

而耐人尋味的是,拿「成本效益」為判準,到底是要判斷什麼?照理說,行為者花費金錢的多寡,應是法院判定行為者其是否盡到注意的義務的指標之一。則如果一般的學者認定「產品責任」是一種無過失責任,但卻又同時允許以企業拿「成本」的花費作為抗辯的理由,則就不能主張成本花費的高低是決定企業有無過失的判準(因為在無過失責任中,企業反正有沒有過失都是要賠的,沒有什麼好論的)。於是「成本」的花費便被改變詮釋為是判定商品「有沒有瑕疵」的判準,也就是說,如果一個商品(尤其如果它對社會是有重大功用的)已花費合理的費用在安全設計上,則儘管其仍具有一定的危險性,但這種危險就必須被容忍、不應被視為瑕疵;如此一來,消費者舉證企業在商品設計上的瑕疵時,雖然爭論的焦點在於企業花費的「成本」上,但仍可以辯稱這仍只是在「客觀歸責」

⁴⁷³ EAL, p. 197.

⁴⁷⁴ 請參閱 同上, 197-198.

⁴⁷⁵ 請參閱 馮震宇, 同註 21, 83 頁。

⁴⁷⁶ 林益山, 同註 5, 128 頁。並請參閱范建德, 同註 7, 178-179 頁。

范教授列出美國法院在以「成本效益」的分析去判斷產品是否有瑕疵時所考慮的諸項準則:「1. 產品的實用(usefulness)與合用(desirability)性(即其對使用者與大眾的功能); 2. 產品的安全性(即造成傷害之可能)及其傷害之嚴重程度; 3. 其它能滿足同樣需求卻不具同樣危險(或具較低危險)的替代產品是否存在; 4. 製造商能否具有在不減損產品實用性或使之太過昂貴的情況下排除產品危險性之能力; 5. 使用者依合理之注意使用能規避危險的能力; 6. 使用者因社會大眾對於產品顯著性危險的認知或因適當警告與指示的存在,對於產品之顯著危險性的預知程度及其趨避可能; 7. 製造商透過價格式責任保險來分散損失之不期待性」(78-79 頁)。

的問題上，而並非在追究企業有沒有「過失」（即有沒有盡到應盡的注意）⁴⁷⁷。

反之，Posner 的腦海中顯然遵循另外一種思考方式；如本書之前所述，對他而言，有沒有「過失」，原本就只有一個標準，就是以「行為者投入的預防經費與產生的效益是否能增大社會財富」為判準；除此之外，不存在任何其它如「理性」、「公平正義」等等判準；即對 Posner 而言，自始就是以有沒有滿足增加社會財富的「社會政策」客觀標準來判斷行為者有沒有「過失」，故傳統意義上的「主觀歸責要素」就 Posner 的思路而言，顯然不存在。既然在訴訟中要談「預防事故所投入的成本及效益」，對他而言就是在談有沒有「過失」，所以在美國「產品責任」的訴訟中既然原告和被告要爭辯企業投入用來預防事故的成本及對社會效益影響的評估，對 Posner 而言，就是在談企業（被告）有沒有過失，所以他認為這和「過失責任」制度是同一回事。他指出，只有在少數例外的案例中（他所引用的例子是在飲料罐中存有老鼠的肢體），美國的法院顯然基於一種政策上的考量（法院覺得在這種例子下特別需要保護消費者），不論企業曾花費多少金錢做預防，企業都一律要賠償消費者，這才是真正的無過失責任（即不允許以「成本效益」作為抗辯）⁴⁷⁸。

⁴⁷⁷ 如果說，原告已經指責被告：「別人花比你更多的錢做安全設計，而你為什麼沒有跟別人一樣...」，而此指責若是成立，卻不被理解為被告是有過失的。這當如何解釋？解釋的可能性就是：被告的設計雖然沒有別人理想、沒有別人花得錢多，但也是已到達相當的水準了、投入相當的金錢了；在此，爭論被告投入的錢有沒有別人多，不是在追究被告有沒有過失，而是為了探究『成本效益』的合理界線，並以此判定商品有無瑕疵。

被告的產品是不是應被認為有瑕疵、即被告最終對此應不應該負責，如前所述，則由「成本效益」之社會政策考量決定。一切是政策的考量而已，如范建德教授之評論：「『嚴格責任』的精神，判斷的重點為，在政策（policy）上，社會應科製造商以責任，而不問其有無疏失（faults），此時，原來傳統民法認定責任時，判斷製造商之行爲有無「故意」或「過失」的部分，已被政策評量所取代」（同註 7，176 頁）。

⁴⁷⁸ 顯然，由 Posner 所舉的飲料罐中有老鼠肢體的案例，足見法院有時基於道德性的考量（例如，關照弱勢者），而在某種特定案例中做出違背一般原則的判決、並且成為這種特別案例的「特別原則」。這在法庭的實踐上是有前例可循的。例如，原本在侵權行為法中，也類似在契約法中對違約者所應賠償其違約所導致的損害只限於一般理性者可以合理預見的範圍之內（Hadley v. Baxendale 案的第一原則，請參閱本書 6.3.1.2 段）；這個原則為的是「割斷理論上無限連續的事實上因果關係、以限定被告的責任範圍。這一限定是基於阻止行為人責任範圍過於擴大的法律政策的考慮」（望月禮二郎，同註 1，155-156 頁）。這種因果關係上的限制，在普通法的侵權行為法上卻有一個著名的例外，即一般被稱為「如蛋殼一般脆弱的頭蓋骨式之案例」（egg-skull cases）。當受害者因為自己特別脆弱的體質而在遭到外力衝擊時產生依常理無法預見的嚴重程度傷害，但是加害者卻要賠償全部的損害。如 1889 年九月二十日，男童 Putney 用腳趾頭輕輕碰撞另一位男童 Vosburg 的右腳外脛，竟然導至 Vosburg 的右腳殘障。而法院判決被告（即其父母）必須對損失負完全程度的賠償責任（請參閱 David D. Friedman, *Law's Order*, Princeton 2000, p. 219-220）。雖然法律經濟分析學派曾絞盡腦汁試圖給予給予這個案例一個符合經濟效率的解釋，但是，除了道德的理由之外，其實沒有什麼其它說得通的解釋。就原本侵權行為法的一般原則而言，正如 Posner 及 Friedman 所評論的，這種案例的判決是「反常的」、「奇怪的」、「前後不一致的」（EAL, p. 204 及 Friedman, p. 219）；即使其他和法律經濟分析無關的學者站在公平正義的觀點而言，也會認為這個判決是沒有道理的。而如果真的是為了要特別照顧弱勢，那至少應加上一個條件，即應有例如我國民法第 217 條第 2 項之適用：「重大損害原因，為債務人所不及知，而被害人不予促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失」，在這種情形下，法院得減輕或免除加害人之賠償金額；這樣方為公允（王澤鑑，*侵權行為法*，同註 1，237 頁）。如 D. Friedman 所言：「如果你有一顆蛋殼頭，你戴上頭盔來保護自己，要比起世界上每一個人都視其他每一個人都有一顆蛋

如前所述，除了 Posner 的見解獨樹一幟之外，美國其他的法學家仍然認為美國的產品責任法所採取的是無過失責任主義，因為他們把爭辯「成本效益」的問題界定為判斷商品有無「瑕疵」的問題、而非「生產者有無過失」的問題。

7.2.4 無過失責任下的廠商抗辯的經濟後果

「產品責任」採取無過失責任之後，對於經濟效益的影響又是如何呢？在消費者主權意識覺醒之後，產業經營的風險也越高了，許多商人紛紛感歎法令及人民充滿了「反商情結」。如詹森林教授等人所指出的：「隨著國內消費者主權意識的覺醒，國內產業界的風險也越來越高。尤其是一些影響業者權益重大的法律，例如公平交易法、商標法、專利法、著作權法等，...使得國內業者的經營風險增加不少。不過，對於國內產業界潛在影響最大，而且與國內消費者關係最深的，卻是消費者保護法。這是因為消保法採納歐美產品責任制度的無過失責任...」⁴⁷⁹。

事實上，在採用無過失責任制度的「產品責任」的領域中，法律已經給予企業許多抗辯的事由而得以免責。如王澤鑑教授所指出的：「無過失責任雖然嚴格（strict），但非絕對（absolute）。...並非表示加害人就其行為所生之損害，在任何情況均應負責，各國立法例多承認加害人得提出特定之抗辯或免責事由」⁴⁸⁰。以美國法為例，數十年來在法律經濟分析思想的影響下，為了顧及企業的現實生存，方才討論過的「成本效益」，就是企業用來抗辯產品並無瑕疵的理由。除此之外，還有三點基於消費者的行為而使得企業可以免責的理由：一是讓企業無法合理預見的消費者之不當使用，例如拿電鋸來理頭髮、用微波爐來烘乾小狗的毛、用洗衣機替嬰兒洗澡。二是消費者有「與有過失」（contributory negligence），原本是指加害人雖有過失，但因為受害者自己也有過失，故加害人不必負責；在無過失責任中，則是變成商品雖然有「瑕疵」（商品製造人有沒有過失則在所不論，因為反正是採取無過失責任制度），但因為消費者有過失而生損害，此時商品製造人便可以完全免責⁴⁸¹。三是所謂的「自甘承擔風險」（assumption of risk），

殼頭，要容易解決問題得多了」（p. 220）。這其實不必是基於經濟效率的思考，而是基於道德正義就可得到如此的結論。

⁴⁷⁹ 詹森林等著，認識消費者保護法—消費者保護叢書之一，台北 1995，17 頁。

⁴⁸⁰ 王澤鑑，侵權行為法之危機及其發展趨勢，同註 15，168 頁。

⁴⁸¹ 請參閱 林益山，同註 5，245-246 頁。但對於「與有過失」原則，是否能在「產品責任」中作為抗辯理由，美國各法院之見解尚未一致（請參閱 林益山，245-246 頁）。

法律經濟分析學派的關切重點即不同的制度對於行為人會產生哪些不同的「激勵」（incentives）。所以，在侵權行為法中，其津津樂道的一個議題便是：各種不同的責任制度對於行為人會產生什麼樣的激勵，即行為方式。例如，在「（加害人）無責任制度」之下，凡是發生損害，加害人完全不必負責，故也不必探求加害人有沒有過失，而一律由受害者自行承擔，這種制度會激勵受害者採取「有效率」（即符合「邊際 Hand 公式」）的預防措施。又若是在「無過失責任」之下（又假設賠償是完全的、可以完全填補損害的），則將換成加害者會採取「有效率」的預防措施，而受害者不會採取任何預防措施。什麼時候吾人應該考慮採用前者或後者呢？這就應該要依事態而定。如果一件事是只有受害人才能夠採取預防措施、或者應說只有由受害人一方採取預防措施才

即已經明知商品有瑕疵，猶繼續使用⁴⁸²；此三者是在其它一般侵權行為皆能主張的抗辯⁴⁸³。而「產品責任」特有的抗辯免責事由則另外有三，皆和科技的極限問題有關。第一，「商品製造人對於無可避免的危險（*unavoidably unsafe*）不必負無過失責任，因為強令廠商負責的效益與所可能導至的危險不成比例，不合於經濟原則。例如為嬰兒注射之疫苗，不論如何防範，都不可避免的會造成極少數嬰兒死亡或傷害。但是若不對嬰兒注射疫苗，則將會造成更多嬰兒之死亡。因此，對於此種不可避免之危險，就不需要負無過失責任」⁴⁸⁴。此考量顯然帶有濃厚的法益衡量的色彩（但是在此所說的注射疫苗的問題，後來仍出現了法院拒絕生產者以已經有充分的警告標示為抗辯的理由，結果是廠商付出巨額的賠償，導至「藥品的製造者是如此地恐懼產品責任的判決，以致他們已經不願意生產和銷售有益的藥物。...產品責任訴訟之威脅可能會減低各製藥公司對潛在地有益的新藥之研究和開發進行投資之誘因」）⁴⁸⁵。第二，不可預見的瑕疵，其指例如藥廠開發新藥，已運用最高的科技、做過最周詳充分的試驗、而得到政府主管部門的許可上市販賣、亦有適當警告標示，但上市經過一段時日發現對服用者產生某種不良之副作用。第三，無法發現的個別瑕疵，例如在手術輸血時，某些有肝炎細菌的血乃科技無法檢驗出來的；醫院與血庫只要盡到警告義務，便不必負責⁴⁸⁶。

會符合效率，則我們就應該採用「（加害人）無責任制度」。反之，如果一件事只有加害人才能夠採取（有效率）預防措施，則我們就應採用無過失責任制度。（請參閱 Cooter/Ulen, L&E, p. 302-305）。總之，要採取這兩種制度的其中一種，都應該是在事態只有由單邊才能夠加以預防、或才能夠符合效率地加以預防的情形。

接下來我們來考查加害人及受害人共同有過失才造成損害的情形、即雙方都應預防的情形。在此，也有多種雙邊預防的制度。第一種是「簡單過失」（*simple negligence*），當雙方都有過失時，由加害人負全責。第二種是「與有過失」，當雙方皆有過失時，由受害人自行完全承擔，「古諺有曰：『兩人同有過失時，被告佔有優勢。』（*in pari delicto potior est conditio defendentis*），此之謂也」（林益山，245 頁）。第三種是「比較過失」（*comparative negligence*），即雙方「過失相抵」的制度，發生事故時，如果雙方各有一半的過失，則被告只需賠償原告一半的損失。不同的制度，自然會對雙方產生不同的行為激勵，例如在「簡單過失」制度下，潛在的受害者會降低其謹慎；反之，在「與有過失」制度下，潛在的受害者會提高其注意。至於要採用何種制度，依法律經濟分析學派的原則，仍是要看在不同的事態中，雙方採取何種程度的預防會帶來有效率的結果；例如某種事態中，潛在的加害者採取三分的注意、潛在的受害者採取七分的注意，最能達成效率，則當然應採用「與有過失」制度。

在此要留意的是，選擇要採取何種責任，對法律經濟分析學派而言，並不是憑「公平正義」來做考量，而是依經濟結果的考慮，即效率。因此，應該要分析過經濟的後果之後，才能夠做抉擇。這裡會面臨的問題，和本章之前在探討究竟要投入多少金錢做預防才是達到「免責點」一樣，這個點是由客觀的經濟結果之事實所決定的，道德哲學的考量完全沒有置喙的餘地；或者說，在此，「財富最大化」就是唯一被考慮的道德標準。

⁴⁸² 請參閱 林益山，同註 5, 246 頁。

⁴⁸³ 請參閱 詹森林，同註 30, 50 頁。

⁴⁸⁴ 同上，50 頁。

⁴⁸⁵ Cooter/Ulen, L&E, p. 363。這顯然又是一種極富有政策性考量的判決，即法院顯然特別想保護兒童及父母，而讓兒童一旦因施打疫苗而受到損害，將能獲得賠償。至於廠商付出巨大賠償的損失，法院顯然認為廠商可由其出售藥品的獲利、以及投保責任保險，而得到承擔的能力。

⁴⁸⁶ 請參閱 馮震宇，同註 21, 94-95 頁。

7.2.5 無過失責任下的經濟後果

儘管有許多免責抗辯的管道，近幾十年來，美國的企業仍感到沈重的壓力。朱柏松教授對此則指出：「...消費社會之個人若有受到損害者，嚴格言之，並非完全由諸於可歸責於損害賠償義務人之事由，甚多情形，可以說是被害人個人的不幸（unglücklich）。在此情形，對於受有損害之被害人，固不能失其受救濟之機會與可能性，但將全部之責任，歸諸於損害賠償義務人，亦非全屬公平，甚至於在絕大部分情況下，亦將損害賠償義務人負過重之損害賠償責任而告破產，從而除了一方面導致多數從業人員失業而形成社會問題外，他方面亦因生產業者無法繼續從事生產，而使消費社會的健全發展，以及消費生活品質的提昇帶來了陰影」⁴⁸⁷。

然而，朱教授也指出，保險制度的興起，可望能夠解決此一問題。不過，若以美國的情形為例，情況仍然非常棘手，因為連保險公司也被捲入困境之中。企業試圖藉著保險來降低經營的分險，但是保險制度能夠存在的基礎則是保險公司有辦法計算出整個產業發生事故的比率及平均損失，保險公司才願意承辦保險業務。但是在此新興的領域，保險公司顯然還無法對幽冥難測的事態有辦法清楚掌握，結果是「保險公司鑑於產品責任的領域非常不確定，以致於他們決定完全退出這個市場，有些製藥廠及其他人因為得不到保險公司保障已經決定停止生產其產品」⁴⁸⁸。「許多製造商相信，已經成為各州法規的產品責任法有嚴重的缺失，特別是他們認為原告可以太輕易獲得勝訴，而陪審團對於勝訴的原告也過度慷慨」⁴⁸⁹。如范建德教授指出：「..隨著產品責任範圍的擴大，責任保險的保險金便不斷的升高造成保險危機」⁴⁹⁰。縱然保費急遽上升，保險公司仍然虧損，企業與保險公司二者皆遭受打擊。

實際上，美國政府已經努力構作新的制度來企圖克服此問題，例如更加重視「成本效益」的抗辯、採用「比較過失」的理念、推動以和解取代訴訟...等等⁴⁹¹。總而言之，在企業有如此多的抗辯理由之下，企業仍感受到如此大的困境，其真正原因是什麼？或許未必純然是因為「產品責任」的無過失責任制度，而是其它的原因；Cooter 與 Ulen 在討論另一種問題（醫療糾紛）時所列出的理由或許對「產品責任」問題也有參考價值；他們指出，醫療糾紛賠償金額的大增是因為「訴訟偏好的增加、公民們對於生命的風險之忍耐度更低了、越來越貪得無厭的律師帶來越來越激烈的請求、以及陪審團對這個他們所知不多的領域做出的無法預

⁴⁸⁷ 朱柏松，同註 8, 57 頁。

⁴⁸⁸ Cooter/Ulen, L&E, p. 357.

⁴⁸⁹ 同上 p. 359.

⁴⁹⁰ 范建德，同註 7, 20 頁。

⁴⁹¹ 美國的做法，請參閱范建德，同註 7, 86-92 頁。朱柏松教授此外還指出我國民法第 218 條的規定以防止加害人被索取過鉅的賠償而破產，該規定之內容為：「損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時，法院得減輕其賠償金額」。

測、又站不住腳的裁決」⁴⁹²。的確，范建德教授亦指出，「法院（陪審團）判給的損害賠償金大為提高。依統計，自 1976 年至 1986 年止，損害賠償之數額呈現每年 15.2% 左右之成長。至於這些數額增加之趨勢則主要源自專業律師之不斷加強其訴訟技巧，及說服陪審團之技術」⁴⁹³。

筆者認為，產品責任採取無過失責任制度自然是合乎正義的，但若是消費者運用律師訴訟的技巧及陪審團的心理而獲得過巨的賠償，則這又傷害了正義。我們求取的，是一個公正、公平的制度。

7.2.5.1 無過失責任下的司法成本

另外，「產品責任」採取無過失責任後對經濟效率的評估，必被提及的是「司法成本」的問題。無過失責任造成更多的消費者興訟求償，就此而言，是增加了訴訟量，但是由於不必追問企業有無過失，因此簡化了訴訟。此外，就訴訟量的增加上，也未必如此嚴重，因為「產品責任」的法律使得彼此無契約關係者亦可請求賠償⁴⁹⁴，而在以前沒有「產品責任」的法律時，若依照契約法求償，某人向零售商購買飲料而生損害，受害者便只能向有契約關係的零售商請求賠償，而後零售商再向上游供應商求償，供應商再向上求償，一直到最後的製造商，則亦是增加訴訟量、浪費社會資源。並因零售商的資力薄弱，使受害的消費者所獲的救濟往往不足⁴⁹⁵。因此就司法成本而言，產品責任法的結果仍然不明⁴⁹⁶。

7.2.6 無過失責任經濟效率估算的困難

若依法律經濟分析的原則，一種責任制度只有當它能增加社會財富才是有正當性的。由於「成本效益」作為抗辯理由在美國是廣為流行的，而「成本效益」的分析原則正是「利必須大於弊」（社會財富增加），因此，Posner 對產品責任的制度是持正面態度的；而如前所述，他甚至因此認為，在美國，產品責任在絕大部分案例上仍是一種過失責任制度而已（他的估計似乎是誇張了）。Posner 贊同現行制度的另一理由是：若採取過失責任，商品的風險將迫使消費者花費心神與金錢去求取商品內容的訊息、或是為了使用商品而投保保險（是消費者的投保、而非廠商的投保），而這也都是需要成本的。無過失責任可以減少消費者在這方

⁴⁹² Cooter / Ulen, L&E, p. 366.

⁴⁹³ 范建德，同註 7, 88 頁。

⁴⁹⁴ 這也是為了因應並解決當代產品製造者與最終出售者相分離的情況，而必要的法律設計。如范建德教授所說的：「...從生產者到消費者間所經手的商人很多，亦即消費者能直接由生產者處購買商品的情況已非常稀少了，所以欲解決生產者與消費者間購買的問題就很困難」（同上，5 頁）。

⁴⁹⁵ 請參閱 詹森林，同註 30，23 頁。

⁴⁹⁶ 請參閱 EAL, p. 195; 及 Friedman, 同註 29, p. 199.

面的投資⁴⁹⁷。

但是，Posner 並沒有任何實證的數據，也沒有用數據比較企業因此遭受的財富減少與消費者因此獲得的財富增加再者相加的結果究竟是正數或負數。對於消費者保護這個當今社會真正至為重要的問題，Posner 投入的心力顯然是太少了，而且也突顯出「實證經濟分析」工作的困難及在許多領域尚待投入。

7.2.7 無過失責任與公平正義

最後，有關「產品責任」採取無過失責任而會被提出的一個倫理學的質疑是：「是否要社會大眾來分擔少數人的損害是一個正確的做法？」⁴⁹⁸。因為廠商為了支付保險費或預籌賠償的錢，必須提高售價；結果所有消費者都必須以更高的價錢購買（儘管最後只有極少數消費者受到傷害）。對此問題，當然，使用「相對過失」（過失相抵）的制度來激勵消費者也須提高注意是有必要的、而且最終對每一位消費者也有利（因為減少損害的發生就是減少廠商的賠償，即可導至商品售價的降低）。

但是，畢竟消費者不論多麼小心，傷害有時都還是會發生在某些人身上的，則無過失責任迫使廠商提高售價、而由全體消費者負擔，這種問題，和普遍實施保險制度（採用共同承擔風險理念）的現代社會所會遇到的倫理學問題是相同的。筆者認為，如果「出事」的極少數人並不是因為可歸責於他們的原因而出事、而且每個人都有出事的可能性（這是命運的問題，誰都有可能碰上百萬分之一的壞運氣），因此，由大家來建構一個相互支持的共同體，此乃現代社會的趨勢。重點只在於發生事故者應該是本身無過失的，這樣讓眾人來承擔他的損失才有道德上的正當性。當然，這中間會有某些事態，在追查及判定發生事故者是否有過失上較為困難，也因此公平性會特別容易遭到質疑；例如因為有健康保險制度，有些人就特別不注意照顧身體，最後其生病就醫，非命運使然，而是可歸責於自己的理由，造成浪費大家的金錢。不過，就消費者保護法（若配合採用「相對過失」制度）、或犯罪被害人保護法的領域而言（大概極少會有人為了要獲得少許金錢而不在乎死亡或變成重傷者），問題是不大的。總之，思考的重點不應是去質疑或否認「對於因為不可歸責於發生事故者、且每個人都有發生事故之可能性之事項，由大家來建構一個相互支持的保險共同體」此一大方向；而重點毋寧是在於：怎樣完善化這種現代社會的制度，即防止某些人依恃這種制度而怠忽其應盡的注意義務、導至浪費大眾的資源。

由此一問題，正好走向下一個主題的反省，即現代先進國家逐漸走向多種不基於過失、不追究責任的「無過失補償制度」（如在職業災害、汽車事故的領域）來廣泛建構充分且廣泛的保障，作為保障社會安全的主要方法，甚至有人倡議以

⁴⁹⁷ 請參閱 Cooter/Ulen, L&E, p. 361.

⁴⁹⁸ 范建德，同註 7, 92 頁。

此完全取代侵權行為法。這個發展的過程是漸進的，並非人類一下子就跳到「無過失補償制度」(No-Fault Compensation)，但此一趨勢的各階段顯然都秉持同一種基本精神與理想。以下就加以陳述並共同思考之。

7.3 基於普遍保險的社會安全制度之建立 — 侵權行為法之終結？

7.3.1 侵權行為法對生存權保障之不足

侵權行為法的原始宗旨在於填補損害，自十九世紀盛行過失責任以來，損害被認為終應由有故意或過失的加害人承擔，這被認為是符合道德、尊重個人尊嚴與自由的天經地義之理⁴⁹⁹。除了符合公平正義之外，過失責任亦對潛在加害人有嚇阻預防的功能。

然而這只是理想的假想圖像，在現實上這種制度是弊端叢生的：首先，主張權利者（受害者）負舉證責任，而法諺曰：「舉證之所在、敗訴之所在」，由此可知，被害人能舉證成功實非易事。再者，就算受害人勝訴，加害人往往沒有財產可供賠償。最後，就算加害人有財產能賠償，但往往也令加害人傾家蕩產、或陷入極大的財務危機，亦威脅其家庭生活或事業之持續。

隨著在現代先進社會「生存權」思想的勃興，以往曾一度被視為天經地義的制度，顯出其窮厄，而漸被認為令人難以忍受。於是「社會安全」的思想成為新的「典範」、新的道德上的正確。為了首要對受害者、但同時也對加害者的生存提供保障，重點已經不是在追究加害者的責任了，而是要建構一個「risk 共同體」⁵⁰⁰、一種「社會連帶」(social solidarity) 的體系，藉由保險制度，由大眾共同承擔風險，這對各方的生存保障而言都是好的。如王澤鑑教授所言：「此種分散損害的方式具有二個優點：一為使被害人的救濟獲得較佳的保障，一為加害人不致因大量損害賠償而陷於困難或破產。此所涉及的，除加害人和被害人外，尚有社會大眾，不特別著眼於加害人的過失，而是在尋找一個『較深口袋』(deeper pocket)，有能力分散損害之人，並體認到這是一個禍福與共的社會，凸顯損害賠償集體化的發展趨勢」⁵⁰¹。

7.3.2 責任保險制度及其倫理爭議

這種思想讓「責任保險」制度在十九世紀末應運而生。所謂「責任保險」，

⁴⁹⁹ 請參閱 王澤鑑，侵權行為法，同註 1, 14 頁。

⁵⁰⁰ 陳繼堯，汽車保險—理論與實務，台北 1999，36 頁。

⁵⁰¹ 王澤鑑，侵權行為法，同註 1, 9 頁。

即「...由加害人與保險人訂定的保險契約，以特定的意外事故所造成對第三者之損害賠償責任為對象。此時之加害人即為被保險人」⁵⁰²。責任保險可以是自願去投保（只要有保險公司願意開辦這項業務）、亦可以是政府強制規定某些特定人士有義務投保。

然而責任保險制度初出現時，便遭受到猛烈批判，尤其如果這種制度若被政府規定為強制的保險時。批判者認為：「...基於不法行為所生之損害，得藉保險之方式予以轉嫁，一則違反道德規範，二則足以導至行為人注意之疏懈，助長反社會行為，危害公益，實不宜容許其存在」⁵⁰³。

先就第一項批評而言，在保險制度下，一旦發生事故，是藉助了其他人的共同承擔才得以完全籌措到加害人所賠償給受害人的金錢。因此，責任保險制度造成責任的減輕，故其公平正義性（尤其如果是政府強制的）受到質疑⁵⁰⁴。稍前已解釋過，現今的工業型態及其造成大規模損害的可能性，促使無過失責任的制度興起；而責任保險制度的出現，正好也成為實施無過失責任的基礎。因為無過失責任勢必升高潛在加害者賠償的可能性，而責任保險制度方能給予潛在的加害者有更大的賠償能力。保險制度盛行的結果，如王澤鑑教授所說的：「在責任保險制度下，民事責任僅係煙幕，損害賠償實際由保險公司支付，社會安全雖然增加，但個人責任轉趨式微」⁵⁰⁵。過去，企業計算的是如果發生侵權行為時所需要付出的金錢、並將之列入經營的成本中；如今企業計算的是平時需要繳交的保險費、並將之列入經營的成本中。Posner 也說道：「有了保險，事故的成本對於有過失的加害人而言，就不再是受害人的損失了，而是加害人作為被認定為有過失的結果之可能經受的任何保險費增加的現值」⁵⁰⁶。這句話的意思是說：在過去，出了事故，加害人必須賠償的金錢是依照受害人的損失（受害人的損失即是加害人的損失）；如今則是保險公司替加害人賠了，而「加害人的損失」只是下一年度的保險費率要漲價而必須多繳的保險費。真正發生事故的加害人，其相對的受害人所獲得的賠償，仍是大眾替他出資才湊齊的，因此，這種制度不免遭人批判。

然而，保險制度本來就是有意要放棄、或至少是降低對個人責任的追究，使其有過失時，為其過失所須付出的代價比較不慘重，而是注重生存權的保障。法律放棄了一種倫理價值，乃是為了成就另一種價值；在這不完美的世界，魚與熊掌不可得兼，顯然也不得不如此選擇。就像無過失責任重視的是受害者的生存權，再進一步發展責任保險制度則是希望建立加害者的賠償能力來同時保護受害者及加害者的生存權。如王澤鑑教授所言：「現代侵權行為法〔以及更現代的非侵權行為法的「無過失補償制度」〕所關心的基本問題，不是加害人之行為在道

⁵⁰² 陳繼堯，同註 51, 19 頁。

⁵⁰³ 王澤鑑，侵權行為法之危機及其發展趨勢，同註 15, 23 頁。

⁵⁰⁴ 至於就算加害人仍要負刑事責任而進了監牢，其進監牢對其他經由保險制度幫他承擔賠償費的大眾而言，一點好處也沒有；此外，養活犯人的錢也還是納稅的大眾出的。

⁵⁰⁵ 王澤鑑，侵權行為法之危機及其發展趨勢，同註 15, 25 頁。

⁵⁰⁶ EAL, p. 221.

德上應否非難，其所重視的是，加害人是否具有較佳之能力，分散損害」⁵⁰⁷。又說：「現代社會損害之補償，究極言之，實在是『個人自由主義』與『社會集體安全』二個基本價值之選擇與調和，這不但是社會政策問題，也是社會正義問題」⁵⁰⁸。

再者，就保險制度可能減低潛在的加害人的預防動機這一點批判來說，這不僅是法律經濟分析學派關切的重點、也是所有學者對保險制度關心的焦點，Posner 及許多學者對於「責任保險」及「無過失補償」在行為人的預防動機上可能產生的減弱效果，都表示憂心⁵⁰⁹。由先前所說的經濟學「外部性」理論，似乎也可以佐證保險制度會導至行為人的注意力降低，因為例如行為人的疏忽造成了車禍或污染，但是這些損失的大部分卻是由社會大眾負擔，則行為人自然採取無所謂的態度⁵¹⁰。

為了解決這個難題，保險公司其實有許多法門，例如在契約上要求被保險人做到某些預防措施，並派員監督被保險人，一旦保險人沒做到，則保險公司可以解約；或者被保險人若是出了事故，則提高保險費；尤其「更可使保險公司對於〔被保險人〕故意（或重大過失）肇致損害者，有求償權」⁵¹¹；此外，「...行為人因投有責任保險，將故意減低其注意程度，肇至損害，實際上並不常見，而且事涉利害關係，亦不容如此，蓋事故一旦發生，加害者自己不但常難逃災禍，而且在刑事上及行政上尚須受一定之制裁也」⁵¹²。足見，在保險制度盛行的今日，為了促使行為人保持注意，必須多管齊下。

7.3.3 以「無過失補償」取代侵權行為法

強制責任保險加上無過失責任，還不是追求「社會安全」之路的終點站。因為這種制度仍需經過訴訟，縱然無過失責任可以加快訴訟的腳步、增加受害者勝訴的機率（而強制的責任保險制度也保證了賠償），但是訴訟仍是要花費時間及費用的。而且就算是無過失責任，仍有「過失相抵」的問題，而使得受害者減少

⁵⁰⁷ 王澤鑑，侵權行為法之危機及其發展趨勢，同註 15, 王文 25 頁。

⁵⁰⁸ 同上，37 頁。

⁵⁰⁹ 如 Posner 所說的：「責任保險減損了汽車損害賠償的嚇阻作用」（EAL, p. 221）。「當對於過失責任的批判發生作用之後，它已導致在汽車案件中讓許多州通過了無過失汽車事故賠償法。從經濟學的角度來看，這些法律的一個令人驚訝的特徵是，它們不想去創造避免事故的更大誘因。反而，代之的是，只設法去加大制度的覆蓋面和降低保險費。這些目標是相互矛盾的，並且與減低事故發生量的目標不一致」（EAL, p. 223）。

陳繼堯教授亦指出：「責任保險既然不重視或放棄過失責任，則對於加害者課負賠償義務，藉收預防的目的，也隨之失去。換言之，民事責任的抑止事故效用，受到責任保險的否定...」（同註 51, 25 頁）。

⁵¹⁰ 請參閱 陳繼堯，同註 51, 23 頁。

⁵¹¹ 王澤鑑，侵權行為法之危機及其發展趨勢，同註 15, 24 頁。

⁵¹² 同上，23 頁。

獲得賠償的數額⁵¹³。此外，一旦有了法院的舞台，加害者亦可能在因果關係上大作文章。

因此，純粹保險式的，期待不必走上法院的（除非保險機構的審查者與受害者對於傷害等級的認定、即應賠償多少金錢，以及對事故是否為造成損害的原因...等等事項發生爭執）「無過失補償」制度應運而生。由潛在的加害人（例如汽車駕駛者、工廠主人）定期繳納保險金給保險機構，一旦發生損害（例如有人被車撞了、工人被機器夾傷），不問汽車駕駛者、工廠主人有沒有過失（也不問受害人有沒有過失），則保險機構便依照傷害的等級立即支付金錢給受害者。這已經不是侵權行為法的請求方式，故又稱為「非侵權行為補償」（Non-Tort Compensation）。

由於「無過失補償」，以我國的強制汽車責任保險法為例，其目標是對生存權給予「基本保障」，而侵權行為的目的在使被害人回到發生損害前的狀態（故如果被害人循侵權行為的訴訟而能勝訴的話，應可得到更多的賠償金額）⁵¹⁴，因此這兩種請求權對受害者而言併存的。「申言之，車主在法定限額內負無過失責任，以保障受害人，超過限額之部分，則仍依公路法及民法有關規定處理。如此可兼顧兩全，堪為良好的架構...」⁵¹⁵。如果受害人覺得其損害大於保險機構的給付金額、而且他又有把握可以成功地舉證加害人的過失的話，則會考慮興訟⁵¹⁶。

「無過失補償」制度在汽車事故、職業傷害、醫療責任、接種疫苗發生傷害...這些事項上都廣被運用，此種制度希望藉著免去法院這一關而達到快速補償受害者之目的。此外，究竟這種如此慷慨的補償制度究竟對社會總體財富的影響如何呢？究竟會不會減少社會財富呢？Cooter 與 Ulen 以美國在醫療責任上實施此制度的研究結果為例，認為此制度是有效率的。他們指出，以過去必須經過法院的醫療糾紛為例，「平均而言，訴訟索賠要花費三年的時間，而對於特別重要的索賠訴訟則要耗費五年的時間。而且在判賠的每一美元有 60 美分變成了訴訟管理費用、而不是受害人的賠償」⁵¹⁷。採取「無過失補償」制度後，雖然獲得的金額不像透過侵權行為訴訟如果勝訴的情形下可望獲得的金錢那麼巨大，但是由於省下訴訟的時間及費用，對於雙方都是有益的。這種制度自紐西蘭制定「意外事故補償法」（The Accident Compensation Act），目的是在一切侵權行為的領域皆改採非侵權行為的「無過失補償」制度⁵¹⁸；而後瑞典、芬蘭也跟進；Fleming 教授則

⁵¹³ 如江朝國教授所言：「以交通事件之損害賠償事件而論，其事故之發生通常係由於雙方之過失所共同造成，加害人與被害人僅係相對之觀念，...有時過失較重者僅因損害較大而成為受害人，此時若能適度運用過失相抵原則，自較符公平。於無過失責任中，過失相抵之理由（衡平原則）仍然存在，故若被害人與有過失時，自得允許主張過失相抵」（強制汽車責任保險法，台北 1999，103 頁）。

⁵¹⁴ 請參閱 王澤鑑，侵權行為法，28-29 頁。

⁵¹⁵ 陳繼堯，同註 51，38 頁。

⁵¹⁶ 王澤鑑，侵權行為法，同註 1，34 頁。

⁵¹⁷ Cooter /Ulen, L&E, p. 368-369.

⁵¹⁸ 請參閱王澤鑑，侵權行為法之危機及其發展趨勢，同註 15，27 頁。

稱紐西蘭之此法乃是「人類文化史上史無前例法律制度之創舉」⁵¹⁹。Palmer 教授則稱此為「對傳統侵權行為體系予以致命的打擊」以及是對「在紐西蘭的普通法的一首安魂曲」(A Requiem for the Common Law in New Zealand)⁵²⁰。即採用全面性的保險制度取來救濟損害，而全面取代侵權行為法。

7.3.3.1 無過失補償的公平正義問題

這種新的制度儘管是一個趨勢，但仍必須就倫理學的角度被反省，以期透過細緻的內容規定避免不公平的現象；而這可分為受害者及加害者兩個方面來談。首先就受害者而言，在「無過失補償」制度下，是否完全不考慮受害者的過失而僅完全依其受損的程度便由保險機構給予補償？以職業災害在美國為例，「每個州的制度都將某些傷害排除，即如果它們是可被歸於故意的錯誤行為、攻擊性的侵犯及酒醉」⁵²¹。上述之中，指的應是勞工的故意行為，而非過失。否則，如果考慮受害者有無過失，則勢必引發受害者與保險機構的法律訴訟，如果一開始保險機構認為受害者有過失而扣減賠償金額，而後受害者又打贏了訴訟而保險機構必須再補足金額，那麼非但花費訴訟成本，而且在勝訴前受害者將得到不夠充分的補償而難以維生。只因為有一個保險制度而促成潛在的受害者疏忽之可能性應是不大的，人類不大可能為了有賠償金而不在乎被機器或被汽車傷害（尤其傷害可能致死、或傷殘痛苦，總不會有人不在乎吧）。而且，「無過失補償」只補償受害者基本生存之所需，潛在的受害者不會嚮往受損而後去領那些補償。由此看來，保險機構再去考慮受害者之過失，似無必要。對於例如習慣於輕率的工人，更好的方法是在僱用的契約中去規範之，若有習慣性的輕率的行為則依契約僱主可加以解僱，以如此之方式來避免僱用輕率的工人。

至於加害者方面，保險制度是否會導至潛在的加害者有恃無恐而變得不謹慎，這一直是保險制度問世以來最被批評的焦點，可見這個問題不容忽視。雖然先前已提過，保險公司有多種辦法促使保險人保持注意、行政法及刑法的制裁也有如此的功能，但是在各種事態中，行為人是否都能保持像在傳統過失責任的侵權行為法制度下的注意力，仍然叫人質疑及憂心。Posner 便指出：一項研究發現，在汽車事故上實行以無過失補償制度的州可能會增加了 10% 到 15% 的汽車事故死亡率⁵²²。依筆者之見，保險制度首在讓受害者得到賠償，其次是讓加害者亦不至於蒙受嚴重財務打擊，而是能夠繼續其生活或營業活動。然而對加害者的這種保障，筆者認為，實應只由小心謹慎的行為者所享有。因此，對於有重大過失、或一再發生過失的輕率行為者，其保險費率應急劇予以調升（讓他感受得到痛），並配合取消其執照、加重刑事刑罰，也就是運用民事、行政、刑事多種方法迫使他離開這一種活動（或就算要繼續其活動也會懂得要小心），總之，要使這種輕

⁵¹⁹ 請參閱 同上，28 頁。

⁵²⁰ 請參閱 同上，28 頁。

⁵²¹ Cooter / Ulen, L&E, p. 369.

⁵²² 請參閱 EAL, p. 223-224.

率的人沒有第二次的機會再因為其輕率而讓眾人替他負擔。

「如何保持行為者的謹慎」這個問題，與其說是經濟效率的考量，毋寧說是道德正義的考量。因為，不法對他人造成傷害，不論是否有給予金錢賠償，都仍然是極不道德的行為。讓謹慎的行為人替那些不謹慎的行為人負擔，而讓不謹慎者只付出輕微的、不痛不癢的代價而行為依然如故，這種分配是不正義的。因此，在追求「社會安全」的價值觀時，仍要盡力促使行為人保有其謹慎的動機。反之，對於沒有過失的行為人若只因為其發生事故就要提高其保險費，顯然也不公平；不過，在此似乎應把經營與高科技有關的事業而其事故是「找不到損害的原因、所以『無過失』」的情況另當別論，因為這種活動若僅因「找不到損害的原因便無過失」就可以當擋箭牌（而在出事後可以不用繳納更多的保險費），將促使行為人更不想去提昇科技以期有一天能找出事故的原因；而且此人經營獲利的事業，而將其造成社會損害的「外部性」留給他人替他負擔，這也是違正義的。

在醫院中發生醫療糾紛時，美國的「無過失補償」制度是設計為由醫院作為被保險人而負責，而非由個別醫生負責。固然這也是保障個別醫生免於龐大賠償的心理壓力、也避免其因過分謹慎而阻礙其對病人的醫治，但是若是一切責任由醫院承擔，則亦可能又走向另一極端，即醫師的輕率。若是在私立醫院，僱主可藉著契約的種種規定，讓醫師有所謹慎（但這契約也不應該成為對醫師苛刻的要求及心理負擔），但在公立醫院，醫師具有公務員身分，在醫事的專業領域中，要求將會比較困難。

7.3.4 終極人道的制度須被奠基於高標準的國民公德

吾人皆知，完善社會的建立必須依靠客觀的制度，而絕不能夢想去藉著「古聖先賢」所說的高妙言詞，並誤信治理社會者能拳拳服膺之，而將一切交給他們的「人治」，因為這樣只會造成一個「說一套、做一套」之偽君子充塞天地、而億萬生靈塗炭的世界⁵²³。

但是，在一個高度發展的社會中，當人類已經竭盡智力把制度設計到一個最人道、最崇高理想的境界時，最後仍發現這制度仍避免不了顧此失彼的現象、或總有一些可為自私自利的小人有機可乘的弱點（例如許多醫院或診所利用健康保險使出各種詐術騙取政府的補助），即對於存心利用制度的善意而圖謀一己私利者，最講究人道的制度亦將防不勝防、也無法一定把這種人揪出來、並給予公平的處罰。似乎，社會制度到了某種程度，最後要盡善盡美，仍要憑民眾是否依

⁵²³ 筆者在拙著《德沃金與法學方法論》第四章註腳 1 中曾說過：「例如，儒家哲學的「道德理想主義」，基於對人的人性之高估、錯估，因而太過相信道德教育、聖王教化的能力，而輕忽公眾生活上防弊功能的客觀制度之設計與建立，導至民主法治的機制無法生長出來。也因此，儒家哲學在作為極少數數能夠自動自發、知恥修身的君子的生活準據固然至今極具價值，但是作為給芸芸眾生公共領域之政治生活準據，不但不可能實現其大同世界的理想，反而因為無力建構一套民主法治的生活規範，而無力防止因人性的墮落卑下而無處不出現的專制及貪污的」。

良心行事了！則此時，「行到水窮處，坐看雲起時」，吾人儘能寄望個人道德的自覺，或者就說是人民擁有良好的公德心及每個人有其職業道德（如醫生要有醫德），才能使得制度能完善地運作、實現制度的設計者的原始美意。

由此可知，當制度的設計已臻化境，是否能運行順暢，卻又不能脫離人民的道德自覺。有時，制度的設計者縱然已絞盡腦汁，終究只能防君子、而不能防小人。法律學者要問：在「無過失補償」制度下，行為人還會不會盡力注意不傷害他人呢？為此困擾而為難；又正如稍前提到，醫療中實施「無過失補償」制度後，病人能否得到醫生謹慎的治療呢？這亦有賴於醫師的職業道德自覺。我國過去近百年來，醫師是個特殊的階級，窄門難入、社會地位崇高、收入豐厚，日久之後，使得有一部分立志習醫者，只為求得財富美眷、並視為理所當然，病人千里迢迢而來，病痛尚未說完、藥方已經開好了，此竟曾為尋常可被聽聞或經歷之現象矣！故十六年多以前筆者到國外留學，初遇其醫師之客氣文雅、看病之仔細澈底及慢條斯理、診所設計之藝術氣息，竟覺得驚奇與不習慣。然而隨著社會發展、西風東漸、留學看過國外情況的人也多了、醫學系也增加了，新一代的醫師，就越來越多和西方類似了；尤其 2003 年 SARS 的流行，又讓更多醫師們從此有了自覺，初次驚覺到「醫生」原來是以崇高的奉獻犧牲救人為天職！

不同的心態、道德意識，自然影響制度實施的成敗，而這最終是超越法律所能及的層面了！然而，怎樣去昇華人性、以致使制度的目的更能達成，在本書的末章，筆者試著提出自己的拙見，以期待和大家共同思考之。

第八章 訴訟法

8.1 司法的宗旨是什麼 — 個人權利救濟或增進社會財富？

8.1.1 法律經濟分析的邊際效益司法觀

在對訴訟程序的探討中，法律經濟分析學派討論到不少枝節、且易懂的問題；筆者認為，在篇幅有限的情況下，應該捨棄枝微末節的問題，選擇最本質性、且倫理學上最攸關正義的問題來做探討並加以深思，才有意義⁵²⁴。

⁵²⁴ 例如，有些國家的法制允許律師收取「勝訴酬金」(contingent fee)、或譯為「或然費用」。有人批評律師被允許獲得的勝訴酬金太高了，Posner 則以經濟學的觀點討論這種高收費是否正當：律師花費大量的時間為當事人打官司（律師的時間就是金錢），律師等於把錢借給被告，但是如果敗訴了，律師完全拿不到勝訴酬金，等於被告對向律師借的本金和利息都不用還了，所以律師負擔很大的風險（律師是負擔高風險的提供貸款者），因此律師要把勝訴酬金訂得高來分擔風險。故 Posner 說：「勝訴酬金所補償的不僅是律師所提供的法律服務，而且是補償這些服務的出借。這種借貸的隱含的利率很高，因為其借款人不必還債（敗訴就使得債務人沒有義務歸還律師債務）而對貸款人造成的風險比普通貸款的風險高出很多...」（EAL, p. 624）。

法律經濟分析學派探討訴訟法的目的，在於使訴訟所造成的「社會成本」最小化。而「社會成本」乃是指訴訟的「運作成本」(operating cost)、以及源於「『錯誤的司法判決』(erroneous judicial decision)所造成的社會財富損失」兩者之總合。前者明白易懂，即國家司法機關及訴訟當事人爲訴訟所支出的花費。但是後者是指什麼？何謂「錯誤的司法判決」？Posner 舉了一個例子來解釋「錯誤的司法判決」如何導至社會財富的損失⁵²⁵：

假設一種事故發生後的預期損害金額是 100 元（筆者按：如果損害真的都能以金錢換算的話！），而潛在的加害人只要花費 90 元做預防，事故就完全不會發生了（假設潛在的被害人避免事故發生的成本超過 100 元，所以事故應由潛在的加害人以花費 90 元的代價加以預防）。如果潛在加害人不做預防而出了事故，要賠償 100 元給受害者，所以潛在的加害者當然寧可花 90 元做預防。但是由於法院有 15% 的誤判率，即在發生事故之後，有 15% 的情形加害者不用賠，故潛在加害者的預期賠償金額下降到 85 元（即有些案子因爲法院的誤判造成加害者不用賠，使得平均起來其每次有事故發生時，其平均賠償金額降到 85 元）；那麼潛在的加害者就根本不會花 90 元做預防，而是完全不花錢做預防，因爲其預期賠償金額只有 85 元、還小於 90 元，所以何必花錢做預防，寧可出事了，每一件（平均起來）賠 85 元就好了。

這個誤判率，造成社會財富會減少 10 元，因爲本來（無誤判的情況下），潛在的加害者付出 90 元，使潛在受害者的損失爲 0；但由於誤判的存在，使得潛在的加害者付出 0 元，使潛在受害者的損失爲 100（而後加害者再把 85 元移轉給受害者，這是財富的「移轉」而已，和社會財富的增減無關，不必計算），故社會多損失了 10 元。

我們看下表便可理解：

	加害人之預防支出	受害人之損害	社會總損失
有做預防	-90	0	-90(有效率)
不做預防	0	-100	-100(無效率)
不預防之下發生事故後賠償	-100	-100+100=0	-100(無效率)
15%誤判率下加害人不做預防	0	-100	-100(無效率)
15%誤判率下發生事故後之賠償	-85	-100+85= -15	-100(無效率)

Posner 又論：由於誤判的存在使得社會多損失了 10 元，所以應要改善誤判的情形，若能將誤判率降到 10%，則就能達成不減損社會財富的結果。但是，Posner 接著指出，如果必須再花費超過 10 元的訴訟「運作成本」，才能夠將誤判率降到 10%（可減少社會 10 元的損失），那麼這是得不償失的！因此我們從經濟效率的立場而言，就應該容忍 15% 的誤判率繼續存在，不必謀求改善。

⁵²⁵ 請參閱 同上，p. 599.

對 Posner 的論述，筆者提出兩點評論：

第一，判決的正確或錯誤，影響雙方當事人的得失，也就是說，涉及的是正義公道的問題，誤判率的改善代表正義的改善，豈有將個人正義應不應該被實現，完全以社會總體財富是增是減為考量的。固然，社會資源是有限的，某一個國家部門多花錢，必然另外一個部門就得減少經費（所謂「排擠」），但是資源應在國家各部門間如何分配的，正是視其投入在每一個部門能夠實現多少人權保障的價值而定的。因此，就算必須考慮是否應再投入金錢謀求司法的改善、或應將金錢投到其它部門，也應指涉倫理學的考量而後定奪，並不是只單單以計算社會財富總量增多或減少一塊錢而定的。這個批判，和在本書「侵權行為法」一章第 7.1.3 段之中批判 Posner 以「邊際 Hand 公式」取代道德作為最適預防點的判定標準之意思是完全一樣的，因為 Posner 在一切領域所秉持的思考模式是完全一致的，即純經濟式的「邊際效益」思維方式；而且除了以具體的金錢數目的增減得失來作為行為取舍的標準之外，其「唯金錢觀」使他的法理學無法討論倫理價值的問題、並以此考量行為的取舍。這是一種非常窄化的思量，難明人世間的真相。

第二，什麼叫做「錯誤的司法判決」？也就是說，（以法律經濟分析學派的立場）「錯誤」是什麼意思？能指什麼意思？這個問題是大有玄機的。在許多案件中，所謂的「誤判」，只涉及雙方當事人之間財富的移轉而已，即使判錯了，只是讓應該歸我的錢落入你的手中而已，根本與社會財富的增減無關；如朱敬一教授所說的：「如果沒有磨擦損失與外部效益，被害人法益損失等於侵權人法益之取得，對社會而言只有財富移轉，並沒有任何社會成本而言」⁵²⁶。契約法中的例子許多也是如此，法官對證據判斷的錯誤、契約解釋的錯誤，只是造成財富落在誰的手中的問題而已，並不影響社會財富總量的增減。

如果是這樣，這種「誤判」和社會財富之增減一點兒也沒關係，則依照法律經濟分析學派的立場，其司法的價值只在經濟效率而不在其它道德價值，則這種「誤判」將沒有任何可議之處、是無所謂的、也不必改進，甚至法院根本可以一律拒絕受理這種爭訟，豈不是更加減少社會成本（因為法院、及雙方當事人都可以省下訴訟的「運作成本」）。Posner 顯然知道這個窘境而故意要逃避之，因此他在舉例時，用心設計了一個「誤判」也同時會造成社會財富減損的案例。這例子設計得非常巧妙、非常有心；但是，這不是司法唯一的一種案例！他設計這樣一個例子，而對其它種類的案例三緘其口，只是正好表示他心裏知道這不是司法唯一的一種案例，所以才舉出這個例子企圖來限定讀者的目光。

8.1.2 「社會財富最大化」宗旨下什麼叫做「誤判」？

⁵²⁶ 朱敬一，由經濟學的觀點看告訴乃論與公訴之取舍，在：經濟論文叢刊 14 輯 1986 年 6 月，93-104 頁，96 頁。

誤判造成財富歸屬的錯誤，這依傳統的司法正義觀而言是極其嚴重的；但依法律經濟分析學派的原則，實在找不到對於只影響財富移轉的這種案件，誤判或不誤判有什麼差別！Cooter 與 Ulen 曾建議，對於誤判之後會僅僅會影響分配、而不會影響社會財富總量之增減的這那些案子，應該收取較高的訴訟費用⁵²⁷。這種看法，可稱之為「二等正義」，顯示出法律經濟分析學派依其純經濟的價值觀，對於只影響分配而不影響社會財富總量的案件，是興趣缺缺，甚至試圖藉著收取較高的訴訟費用來打壓人民提起訴訟的意願；足見其關心的重點（社會財富總量）和人民所關心的正義是南轅北轍的。如稍前筆者所言，若真正要貫徹法律經濟分析的價值觀，法院根本應該一律拒絕受理只會影響到分配之這類爭訟，這樣豈不是更加減少社會成本？

法律經濟分析學派可以用以下的理由為自己辯護為什麼仍然必須受理所謂「只影響分配」的案子、並且還需要力求判得「正確」（即符合契約的原意及正確地判斷證據）。因為，如果一個涉及「分配」的案子被法院判錯了，則他將心灰意冷、因財產沒保障而惶惶不可終日、無所適從，他很可能將不敢再訂契約、不敢再貸款給他人、不敢再做生意...，社會經濟活動將減少，讓社會更蕭條。由此可以說，天底下其實沒有「只影響分配而不影響社會財富」的案件，故任何種類的案件都應力求避免誤判。

但是，以「結果」來賦予為什麼看似只涉及「分配」的案子也不應該誤判的理由，終是會遇到困難的。因為如果因為一個誤判，讓財富落入擁有較大生產力的一方，使他未來創造出社會財富一百萬元，反之因誤判而敗訴的一方其由於心灰意冷而減少未來的經濟活動所減損的社會財富只有二十萬。則這樣一個「誤判」到底要算是正確還是錯誤的判決呢？

8.1.2.1 在個人權利救濟的目的之外添加「增加社會財富」的實質目的而造成錯亂

原本，司法的正確或錯誤有非常簡單的準則，即能發現「法定權利的真相」（包括契約的約定）即是正確的判決、即是保障了權利；是故法官唯一要專注的就是釐清契約的本意、正確的調查證據。

但是，法律經濟分析學派卻把事情弄得複雜而混亂了，因為「增加社會財富」也是其司法正確性的判準，那麼如果一個沒有發現真相的判決卻能夠增加社會財富，則到底這個判決是正確還是錯誤？這是「天有二日」、「兩個上帝」的情形，也是在本書第六章「契約法」之 6.2.1 及 6.2.2 兩段中，筆者就已指出的 Posner 的困境；在那裡，他硬要在「私法自治」（個人自主）的形式原則之外再加入他自己的社會政策原則「社會財富最大化」，造成不知道法律是要實現哪一個目的？在兩者發生衝突時，一再陷入了論述的錯亂。當法官面臨一個不符合效率的契約時（因為簽訂契約的雙方或許缺乏經濟學知識、又或許是因為雙方追求的價值本來就不是用金錢能衡量的），Posner 問道，究竟法官是否還應該依照契約來判決？

⁵²⁷ 請參閱 Cooter /Ulen, L&E, p. 384.

Posner 左右為難、掙扎不已，既不敢大大方方地宣稱毀棄「私法自治」原則，心裡卻又很不甘心依照一個不符合效率的契約而下判決。到底「真相」與「財富最大化」哪一個才是最終極的司法「正確性」的判準？哪一個才是真正至高的上帝？法律經濟分析學派始終沒有澄清，但實際上都是選擇「增進社會財富總量」而拋棄對個人權利的保護⁵²⁸。

Posner 曾經試探性地提及下列假設性的論述來企圖調解「真相」與「財富最大化」相衝突的情形：他認為，就個案來看，也許違背「真相」而把財富或權利判給生產力較大的人，能夠增加社會財富；但是就長遠及全面的角度來看，法院一再這樣做，將對社會產生不良影響（例如生產力較弱的人將不願再與生產力強的人有所交易），最終導至社會的經濟受到重創；所以按照真相來判，最終才能夠增進財富最大化。如此，二者便無衝突了！Posner 的這個論述方法和用「規則功利主義」去改良、超克「行為功利主義」的困境，是一樣的手法；這也在本書第三章第 3.2.4 段中介紹過了。但是，如果在某些特定類型的案件，司法對真相的違背，**就長遠及全面的角度來看**還是不會產生社會經濟的負面影響時，那麼 Posner 究竟又要如何主張呢？故問題並沒有解決！他這種辯護缺乏倫理學思辨的水準。

8.1.2.2 信仰「社會總體利益」而漠視個人權利的理論

在經過上述一番解析之後，我們知道，依照法律經濟分析學派的價值觀，法官將陷入「要遵守法律（包括契約）？或膜拜效率（財富最大化）？」這種「兩個上帝」的衝突錯亂中；而所謂「正確」的判決又是哪一種標準下的「正確」？如果就其自始提出的「減低社會成本」的目標而言，那「正確」的判決之判準只能是指「效率」。則這和個別訴訟者走入法庭所渴望的正義是毫不相干的；法律經濟分析學派不是站在個人權利的保障是否被實現來看事情，而是站在社會財富總量的增減上來做為法官行為的圭臬。

我們若再一次回顧侵權行為法並以之為例，法律經濟分析學派在侵權行為法中所遭遇的問題是一樣的（即「法律」或「效率」？「個人權利」或「社會財富總量」？）。當法律規定某人有某種權利時，法律要保障此權利、救濟此被侵害的權利，將往往會減損社會財富。在這種情形之下，眾所周知，法律經濟分析學派希望對既有的法律權利做一個全面性的重新考量、重新配置、重新設計，以期能使權利的保護和效率的實現二者趨於一致。結果，第一，這將導向權利將被配置給生產力強的人，造成強者更強、弱者更弱而無立錐之地的情形。第二，世間的事態畢竟千變萬化，我們畢竟很難透過事先的全面設計，保證既有的權利配置

⁵²⁸ 此外，如果說，「增加社會財富總量」才是判決是否正確的最終判準，那法官在下達判決時，都必須先要探究把權利判給任何一方時，其後續發展的經濟是如何，這又如何去估計？包括去評估若是讓財富落入擁有較大生產力的一方的後續產出是多少？而敗訴的一方其由於心灰意冷而減少未來的產出又有多少？如此一來，吾人將又陷入「實證經濟分析」的迷霧中，把單純的事情弄得複雜無比、而且恐怕也難以預估未來的結果。

在未來發生的每個個案中，若法官守法、執行法定權利都一定能產生與效率相符合的結果；於是我們就看到，法律經濟分析學派的信仰者碰上這種案例，便忍不住視既有法律為無物、而思當下改弦更張。第三，為了避免發生上述第二種情形而被批評為視既有法律為無物，法律經濟分析學派似乎可以用一個更抽象的、效力更高的「法律原則」來解決一切問題，即「權利屬於能生產最多財富者」；在本書第二章後半探討 Coase 時，我們已經看到這種策略；Coase 取消一切既有的權利，沒有人能說他本來就有什麼特定的法定權利（例如，不受污染的權利），一切只有看事情發生了，case by case 地檢視，在此個案中，權利判給誰更能夠增加社會財富，則此人就有權利；由此，依法律經濟分析，理想的法律其實不必事先規定任何權利（反正事先規定也沒有用，一旦在事發後此權利與效率不符，就被法官棄之如敝屣、一腳踢開了），而是只需要一個抽象的法律原則，即「在個案中誰得到權利較能增進社會財富，他就有權利」。這真是一個萬靈丹式的法律原則！這種法學即 Dworkin 所說的：「沒有（既有）法律，沒有（既有）權利」（no law, no rights）的司法策略，是一種澈底「向前看的工具主義」⁵²⁹。

8.1.3 對訴訟本質的澈底誤解 — 人民走入法庭的目的是什麼？

法律經濟分析學派在討論訴訟法的目的時，屢屢把其學派的目的與個別訴訟當事人的目的攪混了，造成論述上的錯亂；也就是說，其學派的目的「社會成本的最小化」，但是訴訟當事人進入法庭的目的根本不管其訴訟對社會成本有什麼影響，而是只以爭取個人應有的權利、追求個人的利益為念而已。也就是說，個別訴訟當事人只是要力爭其個人權利而已，也以「獲得個人利益的勝算有多大」來決定要不要採取行動、到什麼程度的行動，而不是以「社會總體利益」來決定其個人要不要採取行動。但是 Cooter 及 Ulen 竟然連這一點都陷入錯亂，他們在討論應不應該上訴時（即上訴會不會減少社會成本），如此舉例並論述道：

假設某社會只存在第一審法院，要參與審判，原告和被告都必須各繳 500 元的訴訟費（總計是 1000 元的運作成本，在此例中，Cooter 與 Ulen 沒有考慮法院的運作成本），而這第一審的誤判率是 20%，而若是發生一次誤判將造成社會財富總量 25000 元的減損。由此得出，平均起來，判案的總社會成本是：

⁵²⁹ Cooter 與 Ulen 的下列一段話，正可顯示法律經濟分析只把法律當作社會政策的工具，而不是個人權利的保障；他們說：「如果大部分的訴訟是一種成本很高的再分配方式，那麼為了經濟效率的緣故，公共政策應該阻撓訴訟。比較以下對法律服務市場的限制的效用：a. 對損害賠償給予很低的賠償金。b. 法院對受理訴訟收取很高的費用。c. 國家把律師費規定在很高的水準上」（Cooter/Ulen, L&E, p. 386）。

這句話若是依傳統的法律正義觀而言，是令人費解的、或者說是不知所云的。因為如果某人依法有權利獲得某項財物的分配（例如依照契約，他有權利取回這筆被侵佔的錢；或者對於其法定權利的被侵害，被害人有權利請求填補損失），則怎麼能因為訴訟會花費國家資源、而且訴訟結果只影響分配而不影響社會財富總量的增減，所以國家就懶得理會這種請求權利救濟的訴訟，甚至加以刁難、迫使受害者知難而退、放棄上法院請求權利救濟的念頭呢？這樣的國家有何正義可言呢？

1000 (原告與被告的訴訟費之合) + 20% (誤判率) $\times 25000$ (發生一次誤判所造成的社會財富總量減損) = 6000

如果此社會存在有第二審法院，而若上訴的話，第二審的訴訟費較貴、原告和被告都必須各繳 1000 元的訴訟費，但第二審法院只有 10% 的誤判率。則在這樣一個有上訴可能性的法制中，判案的社會成本將是：

1000 (第一審的運作成本) + 20% (上訴機率，即第一審的誤判率) \times (2000 (第二審的運作成本) + 10% (第二審的誤判率) $\times 25000$ (發生一次誤判所造成的社會財富總量減損)) = 1900 (元)

由上可知，這樣一個上訴法院的存在（也假設第一審遭到誤判的人一定會上訴），使其判決一個案件的總社會成本由 6000 降到 1900 。而 Cooter 與 Ulen 竟然以此為理由直接推論至當事人如果遭到誤判時應該上訴。但這個推論是有語病的，因為 Cooter 與 Ulen 站在旁觀者的立場（即只關心社會成本的法律經濟分析學者的立場），他們認為敗訴的當事人應上訴；但是他們弄混了訴訟當事人的關心（上訴是否對其個人有利）與法律經濟分析學者的關心（上訴是否對社會整體有利）。敗訴的當事人要不要上訴是根據另一標準，即對他自己本身有沒有利，而不是考慮對社會成本的節約有沒有利；所以不應當是在分析過社會成本後就直接跳到當事人應不應該上訴之結論，而是在有對當事人之「私人成本」做過分析之後，才能夠談論當事人應不應該上訴的問題。

這個例子的情形應該做更進一步的解析，才能夠知道什麼時候訴訟的當事人在遭到誤判時應該上訴（才對自己有利）。我們可以參考在本章一開頭筆者所引的 Posner 設計的例子，筆者假設這個案例的詳情是這樣的：

潛在的加害人張三依法應該投入 50000 元修繕其房屋，才能夠完全去除房屋倒塌而損害鄰居財產的危險，而若張三這麼做了，將能使潛在的受害人李四之損失降到 0 ，如此，總社會成本是 $50000 + 0 = 50000$ 。

但如今張三只花費 40000 元做修繕，而僅花費 40000 元修繕過後的房子，並不能避免房屋倒塌的危險；故其鄰居李四透過法院請求張三再投入金錢修繕其房屋。若是法院卻誤判、認為目前張三花費 40000 修繕後的房屋已無倒塌的危險而不必再繼續修繕；則日後房屋將會倒塌而壓毀李四價值 35000 元的房舍，則總社會成本將會是 $40000 + 35000 = 75000$ (元)。

由此可知，法院若是誤判，將導致總社會成本由 50000 元上升到 75000 元，即誤判將會造成社會成本增加 25000 元。

假設，社會上只存在第一審的法院（而其誤判率為 20% ），則李四在眼見張三的房屋危險而欲訴諸法庭請求張三改善時，其預期的「私人成本」將是：

$500 + 20\% \times 35000 = 7500$ (元)⁵³⁰。

⁵³⁰ 在此要留意的是，站在私人立場，第二審所考慮的是 35000 元，即私人由誤判所會遭致的損失，而不是 25000 元（社會由誤判所遭致的損失）。因為私人只關心自己的得失，而不會考慮社

若是社會存在著第二審法院（而第二審法院的誤判率為 10%），則李四走上法院請求救濟成功的預期「私人成本」將是：

$$500 + 20\% \times (1000 + 10\% \times 35000) = 1400 \text{ (元)}。$$

現在筆者做進一步的論述：假設第二審法院的誤判率不是 10%，而是 Y。則就法律經濟分析學者只關心社會總體財富增減的立場來看，只要 1000 （第一審的運作成本）+ 20% （上訴機率，即第一審的誤判率） \times （ 2000 〔第二審的運作成本〕+ Y 〔第二審的誤判率〕 \times 25000 〔發生一次誤判所造成的社會財富總量減損〕） ≤ 6000 （社會上只有第一審法院時的預期社會成本），則第二審法院就有存在的價值；也就是說，法律經濟分析學者站在促進社會財富的立場，認為敗訴者就應該上訴。在這個代數式中，Y 的值是 0.92。也就是說，只要第二審法院有小於 92% 的誤判率，第二審法院的存在就是有益於增進社會總體財富的。

反之，若是站在私人的立場，只要 $500 + 20\% \times (1000 + Y \times 35000) \leq 7500$ （社會上只有第一審法院時的預期私人成本），則敗訴者就會上訴。在此，Y 值是 0.9714285...。也就是說，只要第二審法院的誤判率低於 0.9714285...，則敗訴者就會上訴。

在此，我們就看到了法律經濟分析學者只考慮社會整體利益與私人只考慮個人利益的衝突。假設某一個社會中其第二審法院的誤判率是 95%，則站在法律經濟分析學者的立場會認為敗訴者不應該上訴；但是敗訴者會認為值得上訴而提起上訴。因為個人考慮的是他私人的權利、利益；但是法律經濟分析學派的思維方式永遠是只在乎社會整體財富的總量增減，而不管個人爭取其權利的問題⁵³¹。正如 Cooter 與 Ulen 表示他們探討的是民事訴訟的問題⁵³²，但他們卻沒認識到「民事訴訟法」開宗明義的要旨就是要保護「私權」。如楊建華教授等人所言：「民事訴訟者，為保護私法上權利，請求國家司法機關確定其權利存否之法定程序也」⁵³³。

8.1.3.1 以只關心社會財富增減的「局外人」立場企圖指揮訴訟當事人

由上述可簡單歸結出以下幾點：在訴訟法的探討中，法律經濟分析學派首先

會的得失。

⁵³¹ 由 Cooter 與 Ulen 所舉的例子來做推演，吾人一定會覺得為什麼第二審有如此高的誤判率時，仍然會達成符合社會或個人立場的效益的結果。這是因為 Cooter 與 Ulen 的舉例中，沒有計算法院的運作成本，並且對於私人的訴訟成本之估價也非常低。以至於只要第二審法院有些微的修正第一審誤判的機率，都能夠降低社會及私人的成本。

另外，在這個案例中，李四考慮的是他可能遭受的 35000 元之個人財產損失。當然，有人會說，一旦損害發生之後，李四自可以向法院提起侵權行為之訴、請求張三填補其 35000 元之損失，故李四何必擔心其私人財產會有所損失？

但是事實上沒有一個財產受到威脅的人會安心寄望於此，因為真的一旦損害發生了之後，李四提起訴訟，就算打贏官司，35000 元仍然很可能拿不到，例如那時張三已經破產。

⁵³² 請參閱 Cooter/Ulen, L&E, p. 373.

⁵³³ 楊建華/王甲乙/鄭健才，民事訴訟法新論，台北 1995，1 頁。

在討論判決的正確或錯誤時，到底是以「法定權利的真相」或「效率」為標準，他們的論述經常陷入混亂中。再者，如果以「效率」為最終極的判準，那麼其對何謂「正確的判決」的理解就和傳統司法之正義觀大相逕庭，例如若有「只涉及分配而不影響社會財富總量增減」的案子，法院將無受理的理由，而就算受理，判決結果也無對錯可言；又如果違反法定權利的判決可以導向社會財富的增加，則違法（包括違背契約）的判決也是「正確」的判決。最後，其論述中經常出現錯亂，把站在關心社會整體財富增減的立場和訴訟當事人只關心一己的權利及利益，混為一談，造成漠視當事人的權利與意志；即只要某個行為在社會財富總量最大化的考慮下是該做或不該做的，便直接命令當事人該做或不該做，而完全沒考慮到當事人他個人有沒有權利這麼做。事實上，即使為了節省社會成本，最終亦不能夠嚴重剝奪當事人的人權。也就是說，涉及重大的個人權利，絕無以「旁觀者」、「局外人」的立場，完全不問當事人的意志與權利，只站在社會財富增減的立場就妄加處斷。不過，還好，反正沒有任何一位訴訟當事人會理睬他們；因為訴訟當事人當然是為了爭取自己的權利和利益才上法院的。

8.2 民事和解的經濟效率

鑑於訴訟是一件極為昂貴的活動，「和解」便成為法律經濟分析學派探討的重點。

達成和解的前提是這樣做會讓雙方當事人感覺能得到比訴訟更大的利益。而和解能不能比訴訟替當事人帶來更大的利益，自然要先知曉若訴訟的預期收益是多少，這包括訴訟的結果、再減掉私人訴訟的運作成本。但是，若僅僅用數學上所計算出來的數字來做為會不會和解的判準，其實這種考量是不足的。例如，（假設不考慮私人訴訟的運作成本）原告由過去大量的判例得知，其這類的案件若勝訴，可獲得一百萬元，但是亦有 10% 的敗訴率（原因可能是誤判），則分毫都拿不到。則其預期收益是九十萬元。但是，不一定要被告提出的和解金額要大於九十萬原告才會同意和解，因為這將取決於原告對風險厭惡的程度。尤其原告如果是一位經年累月不斷打這種官司的人，則他很可能就要對方提出的和解金額要大於九十萬其才會同意和解；但是如果原告是一輩子才打一次官司的人，90% 的勝算對他未必有多大的意義，因為他更可能擔心的是，若是不幸成為那百分之十，就什麼都完了！在這種情形下，風險厭惡者會接受低於九十萬的和解金額，而大部分的人都是風險的厭惡者，這一點在本書第四章 4.2.2 段以“game theory”討論 Rawls 的“maximin”理論時已介紹過；反之，一個酷愛風險至極者，可能要等到對方提出一百萬元，才願意接受和解。

此外法律經濟分析學派只站在可計量的客觀金錢數目之立場及社會成本的角度觀看世界，當然也無法解釋為什麼有許多人在明明知道訴訟運作的花費遠大於訴訟的請求數額時，還要打官司打到底。一種理由是如前大法官陳計男教授曾

說：「..從自己辦十幾年的民事實務的經驗，我感覺中國人打官司大多是在打面子，不打事理，爲了這個面子花多少錢打官司都無所謂，...有理也好，無理也好，爲了面子就是不能輸掉這場官司。...在這種心態下，如果你要去勸諭當事人和解是相當困難的」⁵³⁴。但是也不是皆如陳教授所說的僅僅是爲了面子；因爲有許多人正是爲了爭一個公道正義之理。然而，這不是法律經濟分析能夠理解的價值。

8.2.1 和解的訊息基礎

在一種情況之下，和解是不可能發生的，即雙方都對訴訟的結果抱持樂觀自信的態度；反之，如果雙方皆悲觀，最易達成和解；又至少必須有一方悲觀才能夠達成和解⁵³⁵。就邏輯上而言，雙方樂觀或雙方悲觀，則必有一方是錯的，但是在雙方皆樂觀時，彼此都希望提供對他方不利的消息（即自己的長處）來打擊其樂觀⁵³⁶；但是在雙方皆悲觀時，彼此不會提供自己的短處來讓對方變得樂觀，而是想繼續掩飾自己的短處，但心裏卻想求早點了結此案。總而言之，當事人（爲求自利）只會提供對他造不利的消息，所以 Cooter 與 Ulen 說：「壞消息是免費的」⁵³⁷！你不用去找別人就會告訴你。就好像在一場你死我活的選舉中，爲了打敗對手，會自動地把對手已忘掉了、或不知道的有關於他的（或他的列祖列宗的）一切壞事都揭發出來。

然而，筆者亦須補充說明，所謂「樂觀」或「悲觀」原因，並不是和「事實」必然相關的，也就是說，並不是沒做虧心事的一方就必然樂觀，而作姦犯科者就必然是悲觀的一方；因爲當事人面臨的審判者並不是上帝、在祂面前一切「事實」無所遁形、客觀「真相」只有一個（而且上帝知道），故善人當然樂觀，惡人必然悲觀。反之，在訴訟中所謂的事實，正如楊建華教授等所言，「係指事實之主張，而非事實之本體。蓋就本體而言，事實之真實與否，客觀上均屬確定，並無爭執之餘地。但在訴訟上當事人須主張其事實之真實與否，推事亦須斟酌其事實之真實與否而爲裁判，故證據之客體乃事實之主張，而非事實之本體」⁵³⁸。司法固然以標榜追求客觀的事實，但「客觀事實的可被發現性」終究只是「實踐上必要的設定」而已，即不管是不是真的有這麼一回事，法官必須如此主張其判決是基於客觀事實的；否則無異承認判決是武斷、不嚴謹、草菅人命的，則人民對司法的信賴將崩潰。因此，「客觀事實的可被發現性」乃爲了要維繫司法之威信的續存一樣不得被堅稱是真的。「這種主張類似 Kant 在其實踐哲學中的「實踐理性的信仰」之說：即對於『上帝存在』、『靈魂不朽』、及『意志自由』這三

⁵³⁴ 許士宦，「辯論兼和解」之審理方式 – 評述日本近十年來民事審判實務上所實驗之審理模式，在：民事訴訟法研究基金會民事訴訟法之研討（四），台北 1993，465-518 頁；496 頁。

⁵³⁵ 請參閱 Cooter/Ulen, L&E, p. 393-394.

⁵³⁶ 請參閱 同上，p. 393.

⁵³⁷ 同上，p. 337.

⁵³⁸ 楊建華，同註 10，337 頁。

個命題，我們由理論理性上無法得知、無法證明；但是在道德實踐上卻必須將之『當成真的』(Fürwahrhalten)，作為一個『設準』(Postulat)，即實踐理性的信仰，否則道德的實踐是不可能的。是以，「客觀事實的可被發現性」只是如同 Kant 哲學上所謂的「範導」(regulative) 的理念，即其是充當規範而應被吾人設定，而不應被預設為客觀實在之物。簡而言之，法院的判決，與其說是根據事實，毋寧說是根據「被主張的事實」；即與其說是根據「客觀的證據」、毋寧說是根據誰提出證據及以此編織的事理較有「合理的說服力」而得的；這個議題，筆者在拙著「由英美與歐陸思維文化之根本差異反省我國刑事訴訟採用美國司法『交互詰問』制度之爭議」一文中，有詳細的解析⁵³⁹。

總之，未必是行為正義的一方就能提出較有說服力的證據；這說來讓人感到悲哀，但是卻是不完美的世界的真實情況。故有些受害者，因為本身能夠提供的證據不足、或因對手的狡詐，而法官了解只能依證據而判，故暗示或勸說其接受和解，能拿多少算多少...云云；這使得受害者每每大歎「天理何在」！「公道何在」！大大地不以為然，縱然迫於情勢接受，然一生仍憤憤不平。故如何盡力改善這種不義，例如建立律師強制主義（當然這也只能有部分的改善效果而已）、或更澈底的「事證開示制度」(discovery devices)，乃值得深思的問題。

8.2.2 訊息的獲得與促進效率的功能

民事審判為求言詞辯論調查證據能夠流暢進行、易於終結，各國法制皆會有言詞辯論前的準備階段。以美國為例，其「審前會議」(pre-trial conference)、或譯為「預審制度」進行的主要活動是「事證開示」，功能（預期目的）則是「一、爭點之整理、明確化。二、法院審理之準備。三、證據保全。四、和解之促進、成立。五、使訴訟之提起、進行容易化」⁵⁴⁰。而「審前會議」常有一個副產品，就是和解；因為雙方的證據在被彼此所知悉之後，誰能樂觀、誰該悲觀就越來越清楚了，因此也就更覺得沒有必要再花費巨大的時間與金錢去把官司打完。

⁵³⁹ 請參閱拙著《由英美與歐陸思維文化之根本差異反省我國刑事訴訟採用美國司法「交互詰問」制度之爭議》。

民事訴訟法學者姚瑞光教授在討論民事訴訟的證據問題時，亦表示同樣的看法，他說：「蓋民事訴訟，關於事實之認定，難以絕對的真實為理想，但既然成訟，自必多詐，欲求絕對的真實，談何容易，故以相對的確信為已足」（民事訴訟法論，台北 1977, 331 頁）。姚教授這段話顯然也是在闡述民事訴訟只需要有「證據優勢」(preponderance of the evidence) 的一方就可以獲判勝訴，即有與刑事訴訟上要求「證明到無庸置疑（沒有存在任何尚為合理的懷疑）」(proof beyond a reasonable doubt) 才可定罪互相做區隔對比之意。

但是刑事訴訟法上所謂「證明到無庸置疑的地步」，是不是就表示「客觀事實」真的能夠一五一十地重現？或者亦仍不過是較嚴謹的一種「合理的說服」而已？是筆者在《由英美與歐陸思維文化之根本差異反省我國刑事訴訟採用美國司法「交互詰問」制度之爭議》一文中探討的重點之一。

⁵⁴⁰ 陳石獅，事證開示制度 (Discovery) 與發現真實，在：民事訴訟法研究基金會民事訴訟法之研討 (五) 台北 1996, 79-138 頁, 86-87 頁。

本來「...並非爲了和解而有預審制度，和解只是預審制度下的副產品」⁵⁴¹。但是隨著和解越來越被接受爲是一種經濟有效率的解決爭端的方式，似乎副產品卻漸漸變成了主要的目的，「審前會議」就是要先追求和解的；當然，這和「審前會議」的宗旨是一致的，因爲審前會議本來就是要追求讓審判能流暢迅速地進行、節約成本；而最快、最節約的方式是和解、根本把審判都省下來⁵⁴²。

在我國，民事訴訟於言詞辯論調查證據（即正式審判）前的準備階段，兩造先有書狀的交換，書狀中已記載將使用的證據及攻防方法。而後受命法官擇定期日施行準備程序，命當事人或法定代理人到場，甚至證人、鑑定人。雖然原則上準備程序以闡明訴訟關係爲止，但是實際上其進行亦有可能已進展到類似言詞辯論調查證據的情況。「準備程序」的規定受到美國法的影響，自不待言；但是美國的「事證開示制度」則賦予當事人更大的調查證據權，以免於其舉證的困難。比起歐陸法系，「美國的事證開示含有更強的強制透露資訊的要素」⁵⁴³，「在美國，法律強迫每一方回答另外一方就案件所提出的問題」⁵⁴⁴。其調查證據權的內容包括下列幾項：一、書面查詢（interrogatories），「就是當事人的一造向他造以書面就訴訟事項提出一系列的問題，他造必須在一定期間內，宣誓答覆」⁵⁴⁵。二、錄取口供（Depositions），「就是訴訟當事人的任何一方，可以在法庭之外，於公證人或法院其他官員之前，訊問任何證人。要求證人宣誓後，以問答方式錄取口供」⁵⁴⁶。三、要求承認（Request for Admission），「即任何一造，得以書面要求他造就某文書之真偽或事實之真相爲承認，他造應於指定期間內，宣誓而爲承認或否認的答覆」⁵⁴⁷。四、請求提出真實證據（Motions for Production of Real Evidence），即隨時有權向他造請求閱覽、抄錄對爲的證據文件、錄音帶等⁵⁴⁸。五、請求對他造的身體及精神之檢查（Physical and mental examination）⁵⁴⁹。

8.2.3 法官的態度爲和解正義之前提

藉著書狀交換及準備程序、或美國的審前會議，彼此的底牌已被對方探知的差不多了，而且不論是美國或是原本實施歐陸法系的我國，亦都原則上禁止在言詞辯論階段提出之前在準備程序中未提出的證據⁵⁵⁰，因爲突襲不但是不公平、詭

⁵⁴¹ 許士宦，同註 11, 505 頁。

⁵⁴² 只有 5% 到 10% 的民事案件以審判解決，其餘九成以上的案件的都是以和解收場（請參閱 Cooter/ Ulen, L&E. p. 398.

⁵⁴³ 同上 p. 392.

⁵⁴⁴ 同上。

⁵⁴⁵ 陳石獅，同註 17, 99 頁。

⁵⁴⁶ 同上, 98-99 頁。

⁵⁴⁷ 同上, 100 頁。

⁵⁴⁸ 請參閱 同上, 100 頁。

⁵⁴⁹ 請參閱同上, 84 頁。

⁵⁵⁰ 民事訴訟法第 276 條規定了例外的情況，其條文內容爲：

未於準備程序主張之事項，除有下列情形之一者外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之：

詐、而且打亂審判的進行而耗費時間，將使準備工作變得毫無意義。故走完準備程序或審前會議，雙方都可知道大勢所趨了；亦是法官建議雙方進行訴訟上和解的時機。法官提議和解，未必是想節省自己的時間而已，而是例如有時因為據其專業與經驗所形成的（暫時的）心證，知道審判的結果將大概會是如何，不忍心見大概難逃失敗的原告再徒然耗費資源下去，而想為大概會敗訴的原告尋求少許補償。不過，這是引起爭議的一點，因為畢竟尚未審判，而且未來大多又是合議庭，勝敗很難說已絕對確定；故如果受命法官一人於準備程序中就態度太過強勢且篤定地推動和解，則有威脅、侵犯人民接受審判的權利之虞，此為法學上一大問題；如邱聯恭教授所言：「...以前我在台北法院從事審判工作時，成立和解的比例相當高，所以有些心得。實際上，我是常公開心證，並和氣地告訴當事人這個理由可能產生怎樣的效果，要不要和解隨便你。...目前我主持台大法學院法律服務社有時碰到當事人訴苦說，推事說不和解不可以，因而成立和解，但是回去考慮結果，認為如此被強迫似地成立和解，不甚甘願云云，而因此罵法官者，亦有人在」⁵⁵¹。

法官勸諭和解，態度是必須非常小心的，否則即有侵犯人權之虞。美國的「審前會議」以不公開的方式進行，例如大多在法官的辦公室，「法官與當事人及其代理律師在輕鬆之氣氛中商談，可充分交換意見，達成協議，解決爭端」⁵⁵²。固然，「不公開」之「氣氛」與快速就事論事商討的優點被強調，但是亦有批評的聲音，認為「法官為避免審判之煩，往往迫使代理律師接受和解，或以討價還價方式試行和解」⁵⁵³。而至於我國並無強制辯護律師制度，其不懂法律的當事人面對法官，情況更為可慮。原本，我國的準備程序原則上以公開為之，但是亦允許法官為了闡明訴訟關係，在進行若干特定事項時，可以用不公開法庭之形式⁵⁵⁴；訴訟進行之「公開」原本是保障人權的重要要素，但若是亦可以在不公開的情境下，法官更有逼迫不懂法律的被告之可能性、讓當事人心生恐懼。故法官在試行和解時，其態度是否足夠敬慎嚴謹，至關正義的實現；法官在公開自己的心證時，應該說明「這只是暫定的心證，若有新的資料，心證還會變動或修正」⁵⁵⁵云云，以避免過早預斷、而造成不公平。又法官當然亦不應該以「社會成本」的考量去凌駕對當事人利益或權利的顧念考量而強逼當事人和解，否則豈不是任何案件都應該以和解收場。然而，因為法律經濟分析學派的探討天地只能容納單維的尺

-
- 一、法院應依職權調查之事項。
 - 二、該事項不甚延滯訴訟者。
 - 三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者。
 - 四、依其他情形顯失公平者。
- 前項第三款事由應釋明之。

⁵⁵¹ 陳石獅，訴訟標的外的和解，在：民事訴訟法研究基金會民事訴訟法之研討（一），台北 1986，p135-173 頁；172-173 頁。

⁵⁵² 張特生，預審制度與準備程序之再檢討，在：民事訴訟法研究基金會民事訴訟法之研討（四），台北 1993，p.655-708，664 頁。

⁵⁵³ 同上 665 頁。

⁵⁵⁴ 請參閱我國民事訴訟法 271 條之一。

⁵⁵⁵ 許士宦，同註 11，502 頁。

度，因此若僅依其架構做探討，實難掌握有關和解之問題的整體性；故在此以上述之點加以補充。

8.3 認罪協商（Plea Bargaining）⁵⁵⁶

刑事訴訟是否也可以用雙方達成「合意」的方式來結案，即國家的「刑罰權」能否成為交易上討價還價的對象，對這個問題的回答將和法律制度的型態有關。

8.3.1 認罪協商的以法律基本價值為基礎

英美法之刑事訴訟採取澈底的「當事人進行主義」，在一開庭時先設有「有罪答辯制度」（Pleas of Guilty）讓被告自行承認或否認犯罪⁵⁵⁷，「祇需被告自白認罪，法院即可依法論罪科刑」⁵⁵⁸，故其乃採「形式真實發現主義...，使當事人幾可自由處分其訴訟標的，甚至陪審權利亦可〔自願〕拋棄」⁵⁵⁹。如此，除非法院認為被告認罪不是出於自願、不了解認罪的後果、及不了解因認罪所拋棄的權利⁵⁶⁰，否則即接納被告的認罪而逕予罪刑的宣判⁵⁶¹。

反之，歐陸法系採「職權進行主義」，法官有「澄清義務」（Aufklärungspflicht），即有主動調查真相、認定事實、並只以法院自行認定的事實下達判決的義務；被告的自白不能拘束法院、法院也不容許僅憑被告的認罪自白、而其自白卻不完美的情況下，去定被告有罪；甚至有些國家還要求除了自白之外必須有其它確實證據方可定被告的罪，被告若想故意頂罪也不能得逞。在職權進行主義之下，刑事訴訟乃是「..本於國家主權作用實行刑罰權程序之具體

⁵⁵⁶ Plea Bargaining 字面意義乃「答辯協商」，但依其實際內涵，宜譯為「認罪協商」（王文，認罪協商與有罪答辯制度之探究，在：刑事法雜誌 42 卷 5 期 1998，4-53 頁；6 頁）。

「認罪協商」通常在偵查階段由檢察官與被告律師為之；少數情況亦可能在「審前會議」由法官向檢察官及被告律師提議為之。

⁵⁵⁷ 請參閱同上，10 頁。

⁵⁵⁸ 同上，4 頁。

⁵⁵⁹ 同上，37-38 頁。

⁵⁶⁰ 請參閱 同上，14 頁。

⁵⁶¹ 對於被告在一開庭的「有罪答辯」（或稱「罪狀認否程序」）中便直接承認有罪者，依美國聯邦刑事訴訟法第十一條之規定，法官還須查明被告之認罪是否有事實為基礎（請參閱，同上，14 頁）。這似乎是英美刑事訴訟法之法官不主動調查證據的一個例外。但是這也是可以理解的，因為案件既然尚未能進入「交互詰問」的階段去讓法官僅扮演「被動聽訟」的角色，而在此攸關人權的大事時，也只好請法官主動的調查證據。但是，仍然不能太過高估美國法中這個要求法官須調查證據的規定，因為「..所謂的調查證據通常只是藉由訊問被告、檢察官，或審閱檢察官的報告方式而已」（王兆鵬，刑事訴訟講義〔二〕，台北 2002，169 頁）。在被告既然已自認其罪、且是出於自願、又已明白認罪的後果之情形下，除非檢察官的文件之中的敘述荒腔走板、不符邏輯，否則法官的調查工作也僅是流於形式而已。對於在此法官的事實調查僅淪為形式，亦可參閱「『德、日、美比較刑事訴訟制度研討會』專題演講暨座談會紀錄（下）」，在：法學叢刊 178 期 2000，1-66 頁，30 頁。

展現，自不容許當事人對為訴訟客體之犯罪案件，任意自為處分」⁵⁶²。而對於德國自二十世紀 80 年代以來，在缺乏明確法源依據、但卻在實務上日漸擴散盛行的「量刑協商」，德國科隆大學 Thomas Weigend 教授亦坦承：「量刑判決協商的確與職權進行原則的基本精神有所衝突，理由如下：協商裁判的作成，並非以追求真實發現的善意努力作為基礎，而是以假想性事實及被告接受某種處分的意願作為基礎，審判因此變成一個沒有實質內容的形式」⁵⁶³。

因此，凡是在刑事訴訟上實施歐陸法系職權進行主義的國度，對於是否要引入美國法的「認罪協商」制度，都不能不先深思其與自身法制的精神本質有否衝突，因為法制必然是某一種基本價值哲學的反映。

雖然日本的刑事訴訟在戰後隨即引入英美法的「交互詰問」(witness examination) 制度，我國亦於 2003 年 9 月起全面實施此制，但是在美國學者的眼中，日本的刑事訴訟尚不能算是「當事人進行主義」，原因就是法院仍然未放棄於必要時主動調查事實的義務，故華盛頓大學 Daniel Foote 教授說：「我覺得日本的制度，實際上並不是當事人進行主義，因為他們的法官有權利進一步詢問，甚至有責任澄清事實，日本的法官也認為自己有責任以進一步詢問的方式來確定事實，以日本法官角色而言，他是比較接近職權進行主義，而比較不像美國的當事人進行主義」⁵⁶⁴。而日本已經和美國一樣實施了「起訴狀一本主義」，尚且被美國學者認為還不算是當事人進行主義，更何況仍繼續保留「卷證併送」制度的我國。顯然，在日本及台灣這些原本實施歐陸法系的國家，縱使實施「交互詰問」制度，但仍然沒有放棄「法官有義務作為最終事實能被發現的保證者」之思想，總之，就是並不允許當事人對為訴訟客體之犯罪案件可以任意自為處分；故其引入英美法的「交互詰問」制度，目的只在於改進職權進行主義的幾點缺失，即：第一，提昇被告的地位，使其與控方（檢察官）處於平等地位，使被告亦成為訴訟中的主體、而非僅為被動客體。第二，增強檢察官要擊倒被告的困難度，減少陷無辜者入罪的可能性。第三，避免法官只憑「閱卷心證」且由此而來的預先偏見一路主導訴訟、甚至與檢察官聯手打壓被告的局面，而應在開庭後去經驗兩造可立即反應相互攻防的證據調查方式，去形成較有可能超然客觀的「開庭心證」⁵⁶⁵。

是以，如果說台灣的刑事訴訟轉而規定在「優先順序上」、希望不再由法官「先發」擔任發掘真相的工作、而是交由雙方當事人自行負責調查證據，其主旨也僅在於想在技術上改進法官一人主導訴訟而形成偏見的問題而已，而並不是否定法院最終為了確保正義，有義務調查證據、且僅依法官認定的事實作為判決的唯一依據。這個意旨，清楚地顯現在 2002 年 2 月 8 日我國刑事訴訟法第 163 條的修訂上。原來的第 163 條之內容為：

⁵⁶² 王文，同註 33, 38 頁。

⁵⁶³ 「『德、日、美比較刑事訴訟制度研討會』專題演講暨座談會紀錄（下）」，同註 38，44 頁。

⁵⁶⁴ 同上，24 頁。

⁵⁶⁵ 請參閱 台灣刑事法學會編著，交互詰問制度的理論與實踐，台北 2002, 38-39 頁。

1 法院因發見真實之必要，應依職權調查證據。

2 當事人、辯護人、代理人或輔佐人得請求調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。

修改後的條文增加一項，次序也有變動：

1 當事人、辯護人、代理人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。

2 法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。

3 法院為前項調查證據前，應予當事人、辯護人、代理人或輔佐人陳述意見之機會。

修正將舊條文第一項法官調查證據，改到第二項，而且將「應」改為「得」，即不再是優先當為的義務。但是，在第二項的後半句，又說「但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之」。即仍給予法官澄清事實的義務⁵⁶⁶。而事實若不能被發現時，「公平正義」還能被維護嗎？足見，除非由當事人的交互詰問中事實已經呈現，否則最後法官還是有義務主動依職權調查證據；即原本實踐歐陸法系思想的台灣，並不認同當事人可以自行處分其訴訟標的。

故日本及我國引入交互詰問制度的目的，主要在對證據調查及人權保護上謀求技術性的改進，而並不是在根除原本的法價值思想。

8.3.2 認罪協商的墮落變質

即使是實施澈底的「當事人進行主義」、給予當事人自行處分其訴訟標的空間的美國刑事訴訟制度「認罪協商」，仍不免引發激烈的批評。一直遭到最大批評的是被告的認罪是否真的是出於自願，這一問題我們稍後將深入探討之，而首先我們探討的是：當事人自由處分訴訟標的若到達太過分的程度，即使是在美國，顯然亦不符合一般有理性者的正義觀，甚至在美國亦有法官根本不認同「認罪協商」、即不認同代表國家正義的刑罰權可以被拿來討價還價的：「如在美國曾有...檢察官已與被告辯護人達成認罪協商之合意，至審判時告知法官曰：已成立“Plea Bargaining”不須進行審判，詎法官竟曰：『檢察官，這裡不是市場，不要做交易』云云而否決之...」⁵⁶⁷。

如果，檢察官與被告的「協商」、「交易」，只限於檢察官對被告（嫌疑

⁵⁶⁶ 參閱 林俊益，刑事訴訟法概論（上），台北 2002，38-40 頁。對此，2002 年四月三十日我國最高法院該年度第四次刑事庭會議之決議也表示：「本法第 163 條第 2 項但書，雖將修正前同條第一項規定『法院應依職權調查證據』之範圍，原則上減縮至『於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項』之特殊情形，用以淡化糾問主義色彩，但亦適足顯示：法院為發見真實，終究無以完全豁免在必要時補充介入調查證據之職責」。

⁵⁶⁷ 王文，同註 33，9 頁。

犯)曉以大義、鼓勵其知錯能改、並願給予適度回報(建議法官量刑從輕)以使其有較多重返社會的時間,而後嫌疑犯便誠心悔悟、請求檢察官也能給予其較早返回社會自新的機會,而檢察官認為其乃誠心悔過。這樣的「協商」、「交易」,或許尚不偏離吾人的正義觀。

但是觀諸「認罪協商」制度在美國發展至今,其倫理學正當性基礎顯然已經動搖;此制度「遂使美國傳統之公正審判制度,轉換為由檢察官與被告辯護律師間之互惠商,然後由法官核准...。流弊之最者,乃將重罪協商為輕刑(刑期銳減)、或將重罪協商為輕罪(罪質降等),乃至將數罪削為一罪(罪數減少)者,比比皆是。以致美國經認罪協商終結之案件,其有關之刑法均已顯然失卻應有之功能;而所有被告似亦未受適當之懲罰,甚至可惡之罪犯,亦可免入監服刑,形同逍遙法外;因而司法正義不彰,社會大眾同受其害」⁵⁶⁸。

對於作姦犯科者得到如此輕的發落,有人辯稱是對其悔改的獎勵;然而「認罪的被告極有可能是知道接受協商後可得到較輕的刑,而審判可能得到較重的刑,所以為了得到較輕的刑而接受協商向法院認罪,事實上毫無悔意可言」⁵⁶⁹,「認罪」成為被告純形式的、狡滑表演及計算而已。又有人辯稱被告的認罪「...為政府省下司法資源,值得以較輕的刑來獎勵」⁵⁷⁰,然而,假設是因為被告認罪而使得審判不必再進行下去「為政府節省二十萬臺幣,故應得到一年較輕的刑以資獎勵。若依同一原理,被告應可贈予政府二十萬而得到同樣一年較輕的刑,或四十萬得到二年較輕的刑,或甚至一千萬而獲無罪判決。其理不攻自破,甚為明顯,司法正義等於以被告之金錢來衡量」⁵⁷¹;故「認罪協商」若基於此種經濟考量,則無怪乎被「譏評為『買賣正義』(Handel mit Gerechtigkeit)的制度」⁵⁷²。

「認罪協商」的理由,不外乎「太忙」及「太貴」。雖然吾人不能全盤否認這兩個理由,但是「到什麼程度」、「在什麼範圍內可以」卻是必須仔細界定釐清的,否則動輒以「太忙」及「太貴」為藉口,實則漫無限制地遂行一己之私。

今日美國全國有 85%的刑事案件、在大城市則約有 95%的刑事案件經由「認罪協商」解決⁵⁷³。果真是美國的法官、檢察官真的忙到這種程度了嗎?事實上,

⁵⁶⁸ 同上, 16 頁。美國司法在認罪協商制度下,甚至發生「胡亂認罪」的荒謬現象。例如竟然發生過被告認罪的內容是其在單行道中逆向行駛,但據調查該鄉鎮根本沒有單行道。又有兩名同姓之被告,一人犯了竊盜罪、另一人犯了強姦罪。犯竊盜罪的被告在法官誤問他是否知道因強姦罪被提起公訴、並是否認罪時,竟然認罪。後經法官隨即發現錯誤再將之喚回,並問他為什麼明明不是犯強姦罪卻要對強姦罪做認罪;被告竟然說:「我以為辯護人為我與檢察官做如此安排」(黃東熊,美國之「有罪答辯」(Pleas of Guilty)制度—以 Plea Bargaining 為中心,在:刑事訴訟法研究第一冊,台北 1999,361-406 頁; 368 頁)。

又如在 Michigan 州某處,從來沒有人因為夜間攜帶武器入屋行搶被起訴,因為若是夜間這麼做,最高刑期是十五年,日間最高則只有五年。顯然經過認罪協商,夜間行搶的構成要件通通被改為日間;故該州有一檢察官不禁嘆言:「你一定以為在此地,只有光天白日之下才會發生強盜案件」(黃東熊,同註 45, 375 頁)。

⁵⁶⁹ 王兆鵬,同註 38, 171 頁。

⁵⁷⁰ 同上。

⁵⁷¹ 同上, 172 頁。

⁵⁷² 林鈺雄,刑事訴訟法(下),台北 2003, 242 頁。

⁵⁷³ 請參閱 黃東熊,同註 45, 361 頁。

「即使在案件負荷不重的轄區，認罪協商制度也大行其道，可見案件負擔的加重並非認罪協商情形增加的原因」⁵⁷⁴。「法官使用認罪協商結案之比率，委實偏高，即使對重刑犯言，協商判罪者，亦高達百分之八十至九十之間；但採用此種簡易結案方法之原因，並非因為積案太多乏人處理，而是有些法官分心於法院以外之事務。如在芝加哥一些檢察官，據稱每當夏季輒喜歡提早結束訴訟程序，以便前往 Wrigley Field 看棒球賽；而法官亦有類似之興趣，數年前法院審理一件重大之聯邦刑事案件，但法官欲於當日下午去打高爾夫球，竟減縮該案之審判程序，以協商結案；類似情形亦遍及案件不多之鄉區法院。是美國法官不問重罪輕罪...不惜貶損刑法功能，而偏愛採用認罪協商，以簡易結案；至其動機，除真正為清理積案者外，究係好逸惡勞乎？抑或以私害公乎」⁵⁷⁵？又一事實指出美國法院「竟對...簡單刑案，常用正式審判方式進行；而對...案情複雜之重大刑案，則反而以“Plea Bargaining”之認罪協商方式迅速解決之，不惜將原設計...完全顛倒運用，顯然審判已失其序」⁵⁷⁶；即原本「認罪協商」制度是希望用在輕罪案件上，好讓更多的司法資源能投入重大案件的偵查及審判；但因為重大案件複雜、蒐集證據不易，反而讓檢察官喜好訴諸「認罪協商」解決，顯然是「柿子專挑軟的吃」。

上述在美國演變至今的弊端之因，一言以蔽之：顯然司法人員的利益（輕鬆地生活）和刑法所欲追求的利益（社會正義的實現）是不一致的，而司法人員首先顧及的是自己的利益與愉悅。

而就經濟的考量而言，法律經濟分析學派主張刑罰具有嚇阻的功能、即一種經濟功能；而另一方面「認罪協商」固然減少了司法成本，但卻因為減低刑罰而使刑法的嚇阻功能降低（即犯罪及再犯率皆提高）、又增加社會成本。但是法律經濟分析學派對於兩者的相互抵消作用，缺少考慮、亦不見有提出任何其所標榜的「實證經濟分析」資料，卻只見其讚賞「認罪協商」節約社會成本之傾向。那麼這就好比政府只為了省錢而縮減教育經費，卻造成更多的孩子因為缺乏良好教育而成為不良少年，結果國家為了矯治他們反而花費更多的金錢。總之，「認罪協商」在一方面顧及節約司法成本時，不能不探究其是否使更多宵小之徒益發肆無忌憚、而造成更多犯罪、增加社會成本。

至於「認罪」是否出於「自願」，更是一重大問題⁵⁷⁷。被告的「認罪」代表多項權利的放棄，「即放棄其接受審判的權利，及其他相關權利之拋棄——亦即拋棄抗拒自己入罪之權利、陪審團陪審之權利，及與不利之證人暨控訴者對質之權利等是」⁵⁷⁸，也就是放棄整個審判上所有的權利。Posner 說：「刑事被告放

⁵⁷⁴ 「『德、日、美比較刑事訴訟制度研討會』專題演講暨座談會紀錄（下）」，同註 38, 14 頁。

⁵⁷⁵ 王文，同註 33, 21 頁。

⁵⁷⁶ 同上，18 頁。

⁵⁷⁷ 美國爭辯「認罪協商」的正當性之第一個焦點，是在於「協商能否對被告有罪與否作出正確判斷」（請參閱 王兆鵬，同註 38, 169-170 頁）。但如果美國實施澈底的當事人進行主義、允許當事人自由處分其訴訟標的，則照理說這個爭辯是完全沒有必要的，因為被告反正自己承認了、他自己想要這種結果的。所以這個爭辯所真正要指涉的應該是「被告的承認是否出於自願」、即是否遭到威脅。

⁵⁷⁸ 王文，同註 33, 14 頁。

棄其審判時有權獲得的程序保護是有得到補償的」⁵⁷⁹。但是這必須在被告沒有遭受威脅恐嚇的情況下才是如此；然而，在「認罪協商」中，被告處在威脅的情境下卻是司空見慣的事⁵⁸⁰。

首先，認罪協商的過程是在不公開的場合、不做成紀錄的情形下為之⁵⁸¹，故究竟這討價還價的過程是如何、是否有見不得人的卑劣交易或威脅利誘，世人也無從得知，宛如「黑箱（black box）作業」。有美國學者如此批評：「沒有具體章法的認罪協商大行其道，不免讓人覺得正義是可以議價買賣的」⁵⁸²。除了買賣之外，還有脅迫的發生。檢察官經常恐嚇被告欲以較重的罪名將之起訴，而迫使被告認罪以換取較輕的刑罰；這就好比商人事先大幅提高商品的定價、再給予折扣一樣，尤其有時檢察官正是因為自己手上的證據不足，才故意虛張聲勢⁵⁸³。這其實是一種威脅利誘，亦違反美國憲法第五條之「....不得強迫刑事罪犯自證其罪，沒有經過法律的正當程序，亦不得剝奪任何人的生命、自由或財產」⁵⁸⁴。有一美國案例如下：「某被告搶奪一千元受審，檢察官仍希望其答辯有罪，使認罪協商成立，故對被告曰：『怎麼樣，要不要答辯有罪？』被告答謂：『有什麼種類的罪名可以答辯？』檢察官：『今天準備有幾種罪名可以答辯』，計：一級強盜罪徒刑二十年；二級強盜罪徒刑十五年；三級強盜罪徒刑十年。被告均不同意予以拒絕；法官遂曰：『不是在這裡開拍賣場，你就以一級強盜罪來受審』云云」⁵⁸⁵。又一例是三位青年搶劫，法官提議其進行認罪協商、將判處各一年徒刑，此三人拒絕而堅持嚴格審判程序，結果被判處五年至十年的徒刑，法官則言：「被告耗費了我的時間，我也要耗費他的時間」⁵⁸⁶！

在法官參與協商的情形下，法官顯然成為是「球員兼裁判」；反對法官參與協商的學者便認為：「對被告而言，法官的參與會讓被告有受壓迫或被強制的感覺，被告怕不接受法官的建議，可能會令法官不悅，將來審判時可能會因此而被

⁵⁷⁹ EAL, p. 616.

⁵⁸⁰ 即使是出於自願的認罪，也都還有上述的（即使在實行當事人進行主義的美國）「國家正義的刑罰權是否可以被拿來過度地討價還價」的問題，尤其若交易的基礎僅出於國家執法人員的好逸惡勞、而結果又是大幅降低作姦犯科者的刑罰。但 Posner 顯然不會對這個問題感興趣。然而，另一個問題，即「認罪的被告真的得到補償了嗎？」卻是與他的主張有關的；因為他把「認罪協商」想像成如同市場上的平等自由交易一樣，一定是雙方互利才會成交。然而，事實上，被告面對的卻不是一個平等的交易對手，而「成交」未必是自願的、其結果也未必對被告有利。

⁵⁸¹ 請參閱，王文，同註 33, 17 及 41 頁。

⁵⁸² 「『德、日、美比較刑事訴訟制度研討會』專題演講暨座談會紀錄（下）」，同註 38, 14 頁。

⁵⁸³ 請參閱 王兆鵬，同註 38, 160 頁。如黃東熊教授所言：「...通常，檢察官雖然不想做審判，亦仍然要虛張強硬，以無選擇餘地的訴因來起訴。檢察官虛張強硬，雖然無其意念，而仍然要假裝不惜一戰的目的，不外乎欲以強硬態度來嚇唬被告，令被告屈服，答應做有罪答辯而已。...檢察官的開價雖然甚高，但是，只要被告願買檢察官的貨（有罪答辯），則價格並不甚重要，任被告做如何大幅度的殺價，檢察官無不能賣的底價。因此，誠實膽小的被告即買高價貨，而狡滑的被告即佔便宜，買到低價貨」（同註，45, 374-375 頁）。

⁵⁸⁴ 請參閱 王文，同註 33, 19 頁。我國刑事訴訟法第 156 條第 1 項亦規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據」。

⁵⁸⁵ 同上 18-19 頁。

⁵⁸⁶ 同上 18 頁。

法官判比較重的刑」⁵⁸⁷。雖然被告拒絕協商而堅持嚴格審判程序，有罪或無罪將交由陪審團判決，但萬一陪審團判決其有罪，則很可能將在量刑時遭到法官報復。

雖然美國採取律師強制主義，但由於 80% 的重罪被告的律師乃公設辯護人，他們都很忙碌而且待遇不高，缺乏為被告力爭的動機⁵⁸⁸，也不願意和檢察官、法官弄壞關係，故往往力勸被告趕快「知趣」一點接受協商⁵⁸⁹。看來，不管制度表面上如何訂得冠冕堂皇，窮人永遠是悲哀的，不是每個人都請得起 O.J. Simpson 的 “Dream Team”⁵⁹⁰。

原本英美法的刑事訴訟以其本於「交互詰問」的嚴格審判程序而為世人所敬佩稱頌，然而「美國今日之審判制度，已從傳統之正式審判，轉換為簡易之認罪協商。即美國法院處理刑事訴訟案件，已經由正常之...足以保障被告人權之嚴格審判程序；普遍轉換為由檢察官在偵查中與被告之辯護人成立協商，再由法院據該協商核准被告認罪之簡易方法，以迅速結案，且幾已成為美國司法實務之潮流矣」⁵⁹¹！諺云：「羅馬帝國所失去的土地，皆藉由其法律而奪回」。則今日美國刑事訴訟司法的情形，豈不是「檢察官與法官所失去的權力，皆藉由『認罪協商』制度而加倍奪回」！

8.3.3 思索其它訴訟經濟的方法

學界研究普遍認為，陪審團制度的存在是導向美國的刑事訴訟大量藉助「認罪協商」來消化案件的理由。「美國曾有統計數字顯示，有陪審團參與之審判，比法官之審判，時間耗費需延長至少二倍半」⁵⁹²。鑑於陪審團制度對資源的耗費，美國有一位「反對認罪協商制度甚力的芝加哥大學教授 Stephen Schulhofer 曾經在 1982 年於賓州的費城進行一項在都市地區減少使用認罪協商制度的運動，他的結論認為，廢除認罪協商制度後，司法資源的〔負荷〕增加無須超過百分之二十。...Schulhofer 之分析的主要論點，是主張盡量少用陪審團（jury trial），而以法官審判（bench trial）取代認罪協商」⁵⁹³。

但是公正比一味求快更加重要，陪審團制度雖然在其它國家未必可行，但是在美國卻是穩定、運作良好的制度。Foote 教授表示「美國因為成長於陪審制

⁵⁸⁷ 王兆鵬，同註 38, 159 頁。

⁵⁸⁸ 請參閱「『德、日、美比較刑事訴訟制度研討會』專題演講暨座談會紀錄（下）」，同註 38, 64 頁。

⁵⁸⁹ 請參閱 王兆鵬，同註 33, 160 頁。

⁵⁹⁰ 請參閱「『德、日、美比較刑事訴訟制度研討會』專題演講暨座談會紀錄（下）」，同註 38, 64 頁。有律師尚且有這樣的結果，那麼，沒有實施律師強制主義的法制如我國，也模仿起「認罪協商」制度，則更是後果不堪設想了（我國刑事訴訟法第 451 條之 1）。

⁵⁹¹ 王文，同註 33, 21 頁。黃東熊教授指出「...Plea Bargaining 在今天已變成像汽車工廠裝配零件工作般的慣性作業化，而對被告的個別情狀毫不作考慮。...使檢察官侵犯了立法機關的任務，違背了『重罪重罰』的社會期待，而使社會蒙受害處」（同註 45, 378 頁）。

⁵⁹² 王兆鵬，搜索扣押與刑事被告的憲法權利，台北 2000, 375 頁。

⁵⁹³ 「『德、日、美比較刑事訴訟制度研討會』專題演講暨座談會紀錄（下）」，同註 38, 14 頁。

度之下，所以多數美國人對於這個制度非常有信心。...我認為有時候陪審制度比較能夠客觀判斷事實..」⁵⁹⁴。

不過，Schulhofer 教授的這個研究結果給予了並不實施陪審制度的法制是否尚能以「檢察官及法官太忙」為理由而過分地訴諸認罪協商一個捫心自問。尤其為了減輕司法的負擔，除了認罪協商之外，刑事訴訟制度上尚有其它制度亦欲達成此一功能，例如德國的「處刑命令」(Strafbefehlsverfahren)⁵⁹⁵。但是，不論何種求速的制度，其設計皆要符合人權保障的要求，例如我國刑事訴訟法第七篇的「簡易程序」，立法草率、嚴重踐踏人權，與「言詞審理原則、直接審理原則、公開審理原則、證據裁判原則、無罪推定原則 (der Grundsatz der Unschuldvermutung) 及職權調查 (探知) 原則 (Ermittlungsgrundsatz)」等諸般原則無不發生衝突⁵⁹⁶，故而遭到學界猛烈撻伐。

8.3.4 認罪協商的改革及刑事訴訟法的終極目的

「倘若無法阻擋時，就應該儘量讓它公正」⁵⁹⁷。如果說，「認罪協商」亦是減輕司法過重負擔的方式之一，則其運用「到什麼程度」、「在什麼範圍內可以」將能避免對人權的侵害，是亟待建立的規範；而也只有在此界線之內，才有其正當性。筆者認為，除了律師強制主義的建立，對於是否某些種類的犯罪不適用認罪協商、減輕刑罰的程度...等等問題皆可思考之外，最重要的是「黑箱作業」的情形必須改進。雖然協商只能在不公開的情況下為之，但全無紀錄的情形顯然是最大的不當，也是引發多種弊端的根源；若是依舊採取黑箱作業，則就算官方頒佈規範、或律師協會制定守則，要求認罪協商時應當遵守某些準則⁵⁹⁸，然終歸毫無用處！因為究竟有沒有被遵守，是無從對證的事。但若是有一紀錄、憑此紀錄，應可在司法體系內部設計一超然的檢視的機制，對於在認罪協商中，使用威脅恐嚇手段的檢察官或法官，應予更換⁵⁹⁹。贊成認罪協商者嘗云：「協商乃與當事人共同合作來決定案件的結果，比傳統審判將被告交給權威的法院來決定被告的命運，對被告較為友善與仁慈...」⁶⁰⁰。「被告乃得以其自己的力量來緩和對其所加

⁵⁹⁴ 同上，22 頁。有關陪審團應比法官更能發現事實及其它優點之理由，請參閱：王兆鵬，搜索扣押與刑事被告的憲法權利，同註 69, 373-375 頁。

⁵⁹⁵ 請參閱「『德、日、美比較刑事訴訟制度研討會』專題演講暨座談會紀錄(下)」，同註 38, 39-40 頁。

⁵⁹⁶ 王梅英，從刑事簡易程序正當性基礎評現行立法，月旦法學雜誌，45 期 1999/3，69-79 頁，69 頁。

⁵⁹⁷ 「『德、日、美比較刑事訴訟制度研討會』專題演講暨座談會紀錄(下)」，同註 38, 54 頁。

⁵⁹⁸ 這是美國與德國已經做出的工作。請參閱王兆鵬，同註 38, 176 頁，與 王文，同註 33, 5 及 29 頁。

⁵⁹⁹ 對於協商秘密性的缺失及學者思考的種種改進方式及困難，請參閱黃東熊，同註 45, 376、379、390、393、395 頁。。其中包括完整紀錄協商內容供法官審閱，甚至協商時有法官在場監督...。但困難是有時就是因為有秘密性當事人才願意、才有辦法協商。

⁶⁰⁰ 王兆鵬，同註 38, 175 頁。

的立法或司法上的恣意與苛酷」⁶⁰¹。這是假設在司法人員是認真、正直、善良的情況下，的確能夠達到的理想狀況。則顯然，一項制度實施之結果，將因其實施者的良窳而有天壤之別的後果。如前所述，在民事訴訟中法官公開其心證欲促成和解時，是用誠懇且保留的態度、或威逼強硬的態度，將代表全然不同的意義。如果一項制度的擁護者及反對者相互激辯不休的癥結，原來是繫於法律制度在良莠不齊的司法人員的不同實踐下所產生的不同結果，那麼就應該思考是不是可以在制度上謀求改進，讓本來品德不佳的司法人員在踐行其職務時亦只有循規蹈矩一途。畢竟只有依靠制度才是欲建立良好秩序社會時的第一要務。

刑事訴訟法一向被稱為是「應用之憲法」、「憲法之施行法」、「憲法的測震儀」、「法治國的大憲章」⁶⁰²。自然不宜輕率以「邊際效益」分析下的分毫差距去決定其資源應當投入之量。「訴訟經濟本身並非『自我目的』(Selbstzweck)，因此絕不能『爲了訴訟經濟而訴訟經濟』，否則，全部案件都適用簡易程序或全部廢除審級制度，訴訟豈非更爲『經濟』」⁶⁰³？或者若是在某些正確處罰作姦犯科者未必能增大社會財富的案件中，又何必追求事實？甚至又何必興此訴訟？

所以訴訟經濟的追求只在尚能夠滿足正義的要求之下，方有適用的餘地，此次序先後，必須絕對清楚。若是「天有二日」、「兩個上帝」，則將陷於論述混亂；或若是只以經濟效率爲唯一至高的上帝，則將顛覆整個司法的實踐：如前所述，將導至法院對於只涉及分配而不影響社會財富總量的案件沒有正確或錯誤的判決可言，甚至法院根本沒有必要受理這種案件...等等荒謬結論。則這種法學亦乃抱殘守缺，難明法的真諦。

第九章 刑法

9.1 刑法的本質

若站在法律經濟分析學派的觀照立場，刑法與侵權行爲法最直接吸引他們注意的差別，就在於刑法會激起他們去問：爲什麼犯罪者除了在民事上以金錢賠償被害人的損失以外，還有必要付出其它的代價（被加諸「刑罰」）？而且這個代

⁶⁰¹ 黃東熊，同註 45, 386 頁。

⁶⁰² 林鈺雄，刑事訴訟法（上），台北 2003, 20 頁。

⁶⁰³ 林鈺雄，同註 49, 229-230 頁。

價是昂貴的；不止是對受刑人昂貴⁶⁰⁴、而是往往是對整個社會而言都是昂貴的⁶⁰⁵。如果沒有特別的必要與道理，為什麼要有「刑罰」？

9.1.1 刑罰必要性的基礎

Cooter 與 Ulen 試著解釋為什麼在犯罪中單單靠金錢做損害賠償是不夠的，而是還要另外加上「刑罰」。其認為的三個理由是：一、金錢無法達到「完美的賠償」。二、縱使某些犯罪只侵犯到「財產利益」（如偷竊），故這個部分用金錢做完美的賠償雖是可能的，但仍然必須為了懲罰犯罪者侵犯到被害者的「使用財產的自由權」而加諸刑罰。三、法律必須給予未來有可能做同樣事情的其他一切不肖之徒一個預先的威懾。

針對 Cooter 與 Ulen 所提出的刑罰存在的目的之三個理由，筆者回應如下，這將有助於釐清刑法的本質：

Cooter 與 Ulen 的第一點是說，例如，身體被永久損傷或侵犯貞操者，無論多少錢其實都無法彌補損失。這個道理雖然淺顯至極，人人同意；但是若回顧前面的篇章，豈不是和法律經濟分析學派的視野有些扞格不入、自相矛盾。因為先前筆者在第一、三、五章皆提過，在法律經濟分析的觀照角度下，能給健康、生命、名譽尊嚴的「價值」什麼一席之地？如果這些是有市場價格的，則怎麼會有「不完美的賠償」？又如果這些不是用金錢能完全替代的，則 Coase 與 Posner 憑什麼在考慮污染權要判給工廠或（能力平凡的低產值）居民時，那麼輕鬆就能

⁶⁰⁴ 刑法的對象是犯罪，「由於犯罪係對於較為重要的法益的破壞，或對於一般的法益較為重大的破壞，而足以減低個人的安全感，並危及社會的安寧秩序，故在法律制度中乃以刑罰做為制裁法益破壞行為的法律手段，用以防止法益不為犯罪行為所侵害」（林山田，刑法通論〔上〕增訂八版，台北 2002，57 頁）。國家為了達到前述目的，故採用刑罰，「刑罰乃是國家主權行為中，最為嚴厲的法律手段」（林山田，刑法通論〔下〕增訂八版，台北 2002，385 頁）。

是以，「唯有當刑法以外的其它法律...已無能力維持法律秩序時，始由刑法接手，以刑法做為法律規範的最後手段」（林山田，上，同註 1，45 頁）。既然為「最後手段」（ultima ratio），則對此最具嚴厲性及痛苦性的法律手段，亦應抱最慎重之使用態度（請參閱林山田，上，同註 1，64 頁）。這包括在刑事訴訟上對證據的嚴格要求。

如前所述，刑法是針對較嚴重的法益破壞，而足以減低個人的安全感並危及社會的安寧秩序的行為，採用刑罰這種最嚴厲的手段。而刑法顯然認為「故意」是最大惡性表現，故刑法原則上是處罰「故意」，例外的情況才處罰過失、而且過失犯的刑罰程度大減。可見，「故意」對他人的侵害，在法律上給予一種極大的價值的否定，認為是一種極大的惡性！其中尤以「預謀」（mens rea）為罪惡之甚。至於刑法於例外情形亦處罰過失，乃鑑於其侵害的法益之重大，因此認為違背注意義務者亦是犯罪。

⁶⁰⁵ 不僅是徒刑要耗費昂貴的社會成本，即使是死刑也絕對不是所謂的「一顆子彈了事」。在美國，若要依憲法第五修正案死刑之審判應交由大陪審團認定對嫌疑犯是否可以提起公訴，就要耗費許多成本。又如 Cooter 與 Ulen 所指出：「死刑的管理成本之高則是無庸置疑的，...為死刑案件選陪審團平均花費 13 天，反之，非死刑案件平均則為 3 天。一旦陪審團選定了，死刑案件的訴訟本身也比非死刑案件更昂貴。控方和辯方所提交的案件都比較複雜且澈底。...最後，在死刑案件中，定罪之後的法律程序也變得細膩而昂貴的。大多數的州都要求各州的最高法院自動複查所有的死刑案件。...監禁死囚的成本是監禁普通人犯的兩倍。死囚需要更細膩的安全與監視措施。...由於極度壓力，死囚的醫療和心理醫療費用是很高的」（Cooter/Ulen, L&E, p. 477-478）。

（在僅僅以雙方產出的市場價格做比較之下）說當然要把權利判給工廠（因為這些居民的身體健康在市場上是 *nothing*）。現在才改口說到有金錢不能替代的價值，豈能不自覺尷尬嗎？當一個事物無法在市場上買賣時，究竟它是「沒有價值的」？或也有可能「價值超過（極大）金錢的」？可見這個涉及人間多種事物評價方式的困難，法律經濟分析學派的「惟市場價格觀」根本難以應付；而在進入到高度涉及倫理內涵的刑法問題時，便出現了難以自圓其說的現象。

第二，對某些只侵犯到財產（如偷竊）的犯罪，Cooter 與 Ulen 認為用金錢可做完美的賠償，但他們又說受害者的「財產利益」固然被完美地賠償了，但其「使用財產的自由權」仍然受侵害、因此必須對加害者再另加「刑罰」。顯然，Cooter 與 Ulen 把「財產權」拆成兩個組成部分，一是「財產利益」（金錢數量），二是「使用財產的自由權」。前者可被金錢完全補償，但後者不能、故需藉助刑罰。但這種的語言使用是有問題的，或至少可再商榷。因為「使用財產的自由權」被侵害時，是否也只是影響到「財產利益」的量而已呢？如果是這樣，則完美的金錢賠償就是可能的。若不是，則這個情形和前述第一種情形的本質上似乎是一樣的，沒有必要另立一個範疇。在此，Cooter 與 Ulen 又突然語鋒一轉，由「使用財產的自由權」再做進一步的引申；他們說，許多經濟學家認為要對例如偷竊的罪加諸刑罰，乃因為偷竊破壞了「財物是透過自願才能夠被交換的市場制度」，故偷竊危害了自由市場「讓財物流到最能運用它們的人的手中」之保證。所以偷竊是特別可惡的，它不止影響被害者的利益，還破壞了「財物只有經過所有權人的同意才能夠交換」的「權利」；然而這還不止傷害到個人「使用財產自由」的「個人權利」，而是還會摧毀自由市場的整個制度、整個秩序，即摧毀繁榮。故應在金錢賠償之外，另外加上刑罰，以保障對人類社會的生存繁榮特別具有重要意義的自由市場制度（在此，論述顯然已不知不覺跨進「威懾」的問題了。威懾潛在的犯罪者正是為了保障社會制度、秩序）。對比，筆者的評語是：自由市場制度的潛在破壞者當然是刑法要威懾的對象之一，但不是惟一要威懾的對象；刑法還要保護許許多多種的法益價值、威懾這一切法益價值的潛在破壞者。故法律經濟分析學派大可不必僅僅只看到自由市場制度的潛在破壞者這一種人。法律經濟分析學派者不妨學習將眼界視野放寬一點。

第三，是提到刑法帶有嚇阻、即預防未來犯罪活動的目的，即所謂針對未來與大眾的「一般預防」（*Generalprävention*）。這固然是說中了刑法的目的之一，但是卻忽略了刑法的其它功能。也就是說，刑法的多重目的，在法律經濟分析的探討中被縮減為獨獨只剩「威懾」一項。因為對於只關心「激勵」（*incentive*）與「反應」的經濟學家來說，這是他們的學術本質下唯一能處理的議題。但是用這單一的維度來觀照刑法當然是以管窺豹、殘缺不全的。這點，本章稍後會詳述之。

9.2 刑罰手段的目的及功效

9.2.1 金錢剝奪與生命或自由的剝奪的效果

基於刑罰的昂貴性，Posner 鼓吹只用民事侵權行為的金錢賠償、或再加上（犯罪人繳交給國家的）罰金來取代徒刑⁶⁰⁶（但在此，Posner 沒有提到死刑，因為他肯定死刑特有的強大威懾力，顯非罰金能夠取代）⁶⁰⁷。

然而，若說是要以罰金廣泛取代徒刑，這將是一個和刑事政策不可分離的問題，也是一個和倫理學、及實證研究皆脫不開的問題；要決定刑罰的方式，總是離不開這些必要的探索過程。

對於 Posner 來講，法律僅作為一種政策工具，他唯一願意探討的就只是「激勵」（incentive）的功能。因此，如果「民事賠償」或「罰金」便能達到和監禁一樣的威懾（預防）功能，則其主張就有正當性。不過，吾人通常都認為民事損害賠償和作為刑罰手段之一的罰金，其目的和意義是不相同的，民事賠償旨在填補被害人的損失；但是 Posner 卻把民事賠償也視為「威懾」（激勵人不去損害他人）的手段之一⁶⁰⁸。對他而言，同樣是讓侵害者花錢而得到不敢再侵害他人的「激勵」，沒什麼不同。他甚至說：「刑法主要是為付不出錢的人設計的」⁶⁰⁹，而富人只需用侵權行為法加以制裁⁶¹⁰。

果真「刑不上大夫」乎？

Posner 站在經濟學的思考方式，顯然無興趣去區分民事責任與刑事責任的不同意義。已故的刑法學韓忠謨教授對此混淆不分的態度極不以為然；他曾在數十年前即已說得精闢透澈：「..民事責任與刑事責任，此二者性質各異。民事責任之本質在損害賠償，其目的，在彌補因不法行為所生之損害，以回復社會之公平，故其基礎，在客觀之實害，以過去之事實為其客體；刑事責任之本質為刑罰，其目的在解消犯罪對國民生活基本價值之腐蝕作用，以社會秩序...。二者各有其領域、不容混淆。雖損害賠償，亦足以杜絕犯罪之意念，刑罰之科處，亦足使被害人得相當之滿足，然終屬附帶作用，未可視為本來目的」⁶¹¹。

由 Posner 的論述中，筆者整理出來的結論是：侵權行為法是威懾富人的手段，而刑法是威懾窮人的手段，基本上，富人既然有錢，一切就讓他以付出金錢的代價來解決就可以了。或富人如果亦仍需再加諸刑罰時，就使用罰金；而窮人也盡量使用罰金、如果付不出來，Posner 建議可以使用分期付款⁶¹²；除非真的榨不出錢來了，才送進監牢。

⁶⁰⁶ Posner 說道：「從經濟學的角度來看，我們應該鼓勵使用罰金」（EAL, p. 246）。

⁶⁰⁷ 請參閱 同上，p. 241.

⁶⁰⁸ 請參閱 同上，p. 241-242.

⁶⁰⁹ 同上，p. 242.

⁶¹⁰ 請參閱 同上 p. 242.

⁶¹¹ 韓忠謨，刑法原理，台北 1972, 11 頁。

⁶¹² 請參閱 EAL, p. 247.

但是法律或刑法的目的其實不止法律經濟分析學派所關注的單單威懾（預防侵權或犯罪）一項而已。因此，如果 Posner 提出廣泛使用金錢作為預防侵權或犯罪的主張，若就限於刑法的立場而言，必須面對兩個問題：

第一、罰金可以達到充分的威懾功能嗎？

第二、罰金可以滿足刑法的其它目的嗎？

對於第一個問題的回答，是大大繫於實證研究的，不能空口無憑、一廂情願。然而，吾人看不到 Posner 有運用任何他所誇稱的經濟學家所擅長的「實證分析」數據來支持他的論點；而在某一部分案件上，法律至今的實踐，也正好和 Posner 的想法是背道而馳的，例如他自己也提到「...在某些受人注目的反托拉斯和證券案中，富裕的被告同時被提起刑事和民事訴訟」⁶¹³。他又不解地自問：「如果罰金真的是一種比監禁更為有效的處罰方式，而當犯罪者又是有能力支付的，那麼如何解釋為什麼處罰經濟性質的、非暴力的中層、上層階級犯罪...卻越來越多使運用監禁呢」⁶¹⁴？

由此可知，監禁是否有罰金永遠難以取代的（不論在應報上及威懾上）意義及功能，值得深究。故 Posner 的論點純然是直覺地出於節省社會成本的觀點，沒有實證的依據，信口開河、毫不足取。何況，「威懾」與「節省社會成本」是法律經濟分析學派自己在探討刑法時所要同時考慮的問題，不可偏廢；但是對富人科以罰金（Posner 所偏好的），其實比向窮人科處罰金更沒有威懾的功效。當然，正因如此，法律經濟分析學派皆贊成對同樣的犯罪，依個別犯罪者其收入的高低科以不同的罰金⁶¹⁵；但是前述的老問題仍在，即監禁是否有罰金永遠難以取代的倫理意義及政策功能？監禁的痛苦感覺一定可以用提高罰金而達到同樣的痛苦感嗎？對比複雜問題，實無輕率回答之理⁶¹⁶。

⁶¹³ 同上，p. 242.

⁶¹⁴ 同上，p. 247.

⁶¹⁵ 這是某些歐洲國家所採行的「日收入罰金制」（day-fine system）（請參閱 Cooter /Ulen, L&E, p. 472）。

⁶¹⁶ 「監禁」的特別意義與功能，特別在刑事訴訟上的（偵查階段的）羈押，就可顯示出來。尤其是社會名流顯貴之輩，被檢察官傳喚，若忽然遭到檢察官聲請羈押，莫不驚惶失措、呼天搶地，而不惜耗費巨資聘請大牌律師力爭免於羈押、或早一日得以保釋。由反應之激烈，即可證明羈押是最嚴厲的強制處分手段。

雖然羈押並非定罪服刑，但在被羈押者及社會大眾的心理及觀感中，仍視為「被關」、「吃牢飯」，乃極盡「窩囊」的奇恥大辱。故羈押的強制處分，在台灣過去檢察官掌握羈押權的時代，一向為檢察官在最愛使用的、在偵查階段要脅嫌疑犯速速招認的利器（「你不講，我就把你關起來！」）。後經司法院（大法官）釋字第 392 號解釋被認定違憲，並經 1997 年十二月修法將羈押權回歸法院。

總而言之，Posner 不但不細究監禁與罰金在威懾效果上、在譴責意義上的差別，依其法律經濟分析的觀點，錢就是錢，也不區分民事侵權行為賠償與刑罰的罰金之意義區別。就像在侵權行為法中，他也不必區別侵權行為的「主觀歸責」與「客觀歸責」（請參閱本書第七章 7.2.3），因為有沒有過失也是憑藉「比較社會財富的增減」此單一標準，即他的哲學中不存在傳統法學的「主觀歸責」面向。

由這些例子可讓我們更清楚體會到法律經濟學的思考方式。

9.3 刑法的多重目的

要探討在前一段已被提出的第二個問題，不得不先進入刑法尚有什麼其它目的之探究之中。蓋凡論及刑法的目的，以「應報」與「預防」為兩大基柱；一為回頭懲罰犯罪，一為前瞻防患於未然⁶¹⁷。而尤其「預防」的寓意非常豐富多樣，大體上可包含各種皆指向以保護社會為終極目的之政策手段；例如對未來潛在犯罪者的「威懾」（「一般預防」）；以及可以涵蓋在「個別預防」之下的諸如「教育矯治」、「再社會化」、「隔離」...等等中繼之目的。

對於刑法這兩大目的，絕不能以一舊一新、一落伍一進步來理解，而是這兩種目的，實為刑法面對世界現實，不得不同時加以平衡考慮、並力求實現的目標。茲在以下篇幅闡述，並且藉先鋪陳「應報刑論」之基礎，以方便檢視僅注意刑法作為社會政策工具的法律經濟分析學派觀點之侷限性。

9.3.1 「應報刑論」— 罪責與刑罰的對稱

「應報」的思想雖然源起於人類本能的「以牙還牙，以眼還眼」之報仇、報復心理，但是今日刑法思想的「應報」，已轉變為更加積極的意思。首先，由於主權國家的建立，最忌諱的便是私人間的自力復仇（以避免嚴重危害社會秩序），這也是為什麼在刑事犯罪中明明被害人是遭受最大痛苦者、最想直接對加害人復仇者，但是今日在刑事訴訟程序上，被害人卻被給予一個不突顯的地位⁶¹⁸。「實現正義」變成是由國家出面要做的事，而國家依「對等相稱」（而非激情仇恨）給予加害者應得的刑罰，是為正義的報應⁶¹⁹；固然不能否認有蘊含替受害者討回公道、安慰和平其心的用意，但也不只是為了受害者，而是「體現正義的理念；...增強倫理的力量、並形成社會大眾的法意識」⁶²⁰，即也是為了滿足並同時教育增強大眾的正義感。甚至這對受刑者也期待給予一種激發其內心良知的功能，即「贖罪」的感覺⁶²¹，如此說來，就連「應報刑論」也具有教育的功能，因為其乃基於正義的理念，有深刻的倫理內涵。⁶²²

「應報刑論」以行為人的「罪責」（Schuld）為基礎，無罪責即無責任，沒有責任當然不必承受刑罰，其意義首在於建立一個真正合乎理性的刑罰，由不分青紅皂白、不問緣由的、只要有結果就罰的「結果責任」主義，轉向重視行為人

⁶¹⁷ 請參閱 林山田，下，同註 1, 387 頁；以及 韓忠謨，同註 7, 17-28 頁。

⁶¹⁸ 除了自訴之外（但有些國家根本不允許自訴），被害人扮演一個被動的角色，只能受法院傳喚擔任證人，但會不會被傳喚則不是其能決定的。

⁶¹⁹ 林山田，下，同註 1, 388 頁。

⁶²⁰ 同上，387 頁。

⁶²¹ 請參閱 同上，388 頁。

⁶²² 請參閱 林山田，上，同註 1, 323 頁。

必須其具有「意思形成的可非難性」才有罪責，「行為人若欠缺良知非價，則自無罪責可言」⁶²³。

「罪責」原則的產生乃代表「對行為的評價由外在的違法轉化為道德上可非難的瑕疵，刑罰則由固定的、公式化的制裁轉化為道德負價判斷的表示」⁶²⁴。再者，「罪責」原則是讓公權力所有者不可以為了達到某種社會政策之目的而對無罪責者（例如心神喪失者當成政策工具）施刑；此乃法治國天經地義之理。「相對於只要行為與不法結果間有客觀因果關係即可歸責的『結果責任』，『罪責責任』不只要求行為與結果間客觀的因果關係，更要求行為人與其行為與行為結果間的主觀心理關係作為歸責的必要條件，這種強調行為人主觀要件必要的觀點，成為限制刑罰、保障人權的表現，因而『無罪責，無刑罰』的『罪責原則』，成為刑法中的基本共識」⁶²⁵。用簡單的號口號來說，即「禁止對尊嚴加以蔑視，應該為效用最大化的追求，設下界線」⁶²⁶。

由此可知，以罪責原則為基礎的「應報刑論」不應被曲解為殘酷落伍的復仇思想，「而是應該把報應當作對於行為罪責的一種公正的均衡」⁶²⁷，也限制國家刑罰權的限度，具有保障人權的功能⁶²⁸。

⁶²³ 同上，323 頁。

⁶²⁴ 劉幸義，意志自由與罪責，中興法學 24 期 1987, 31-61 頁；15 頁。所謂「罪責」要考察的責任是「...就法律規範的評價而認定行為人的可責性，故屬法律的罪責，即不是倫理的責任，亦不是道德的責任。...故罪責是一種法律的責難」（林山田，上，同註 1, 324 頁）；或更簡明的說：「刑法上的罪責不是道德罪責，而是法律罪責。...責難的標的物是『欠缺法律良知』」（劉幸義，25-26）。但這並不表示「罪責」不是「價值評斷性」的。上述的話只是指出「罪責」所要考察的是被納入法律範圍之內的倫理價值、即已經同時被「法律化」的倫理價值；至於法律無意約束、而可能純在道德領域上被非價的行為（例如喜歡玩弄感情），根本不構成「不法」，自然也無法形成罪責，亦自無犯罪的問題。

⁶²⁵ 李文健，罪責概念之研究——非難的實質基礎，台北 1998，299 頁。

⁶²⁶ Günther Jakobs, Das Schuldprinzip, in: Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften Vorträge G 319, 1993, p. 7.

⁶²⁷ 林山田，下，同註 1, 402 頁。

⁶²⁸ 「罪責」所扮演的角色，顯然在犯罪理論中，是真正關鍵性的。依德國刑法學傳統中所開展的多種「犯罪階層理論」之中較為通行的三階層說一類中，「罪責」乃是在「構成要件該當性」與「違法性」之後，第三個檢驗是否犯罪的要素。但是這一類被德國刑法學家們不斷潤飾修改、推陳出新、百家爭鳴、令人目不暇給的「犯罪階層理論」之精密抽象理論建構，究竟在法庭實務對法官的思維有何影響、即是否被法官在判案時所仔細遵循，筆者聽到的德國刑法學巨擘們皆異口同聲說「毫無影響」、只是學院內炫目耀眼之物、或者說是德國刑法學可以用之以向世人誇耀的純精神建構之高度成就（益智遊戲）而已。故正如許玉秀教授所述：「...1995 年春天在 Bonn 時，更是不斷聽到犯罪階層無用的論調，Bonn 大學刑法學教授 Jakobs 這麼說，他的同事 Puppe 也這麼說，而且都認為隨便使用那一種階層構造都一樣。...歸結到底，只是一個行為人要不要負責的問題」（許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，台北 2000, I 頁）。顯然重點是探討行為人該不該負責，即「罪責」的判斷佔有最重要地位。而罪責判斷重點是探究行為人的「社會觀是否出現瑕疵」（許玉秀，15 頁）。

在近代較佔優勢的 Hans Welzel 所創的「目的行為理論」（finale Handlungslehre）中，「罪責」的判斷被分為「責任能力」（包含「故意」與「過失」兩種型態，即行為人是否知道且意欲實現「構成要件」），「不法意識」（Unrechtsbewusstsein，即行為人是否知道其行為乃法規範秩序所非價者，及「期待可能性」（Zumutbarkeit，即在彼情形下，尚能否要求（責難）行為人不做出不合規範的行為）三個判斷階段。本質上，是一種「針對行為人的判斷」，而不是針對事實的判斷（例如，有沒有殺人的構成要件）、也不是針對行為本身價值的判斷（例如，在這種自衛的情形下殺人是

當然，罪責的目的是給予犯罪人一個對稱的刑罰。它既限制了對罪責輕者爲了某種社會政策之目的而處以過重的刑罰；反之同理，也不應該爲了某種社會政策之目的（例如純粹爲了省錢）而給予罪責重者過輕的刑罰。如 Cooter 與 Ulen 對美國法律對於從事第三次暴力犯罪者將被判處無期徒刑（所謂「三振出局條款」）提出批判，理由是年老者再犯案的機率極低，而監禁老人的成本又遠高於監禁年輕人...云云⁶²⁹，皆顯示單面向考慮經濟效率而對其它尺度渾然無識的思考論述格局。雖然這個問題是可以探討的，但需要被考量的理由不會是永遠只有一項。事實上，「三振出局條款」除了爲了「應報」的目的之外，已經顯然同時加上了「威懾」的目的，是二者綜合考量下的產物；而威懾是法律經濟分析學派所重視的目的，在此，姑且不論罪責問題，假設只就法律經濟分析自己的立場而言，法律經濟分析學者若忽然僅以經濟的理由去批評此條款，而不顧慮其威懾的功效，則豈不也是自相矛盾的。

9.3.2 預防理論 — 社會政策的工具性考量

至於「預防」則含有社會政策的目的性，「我們可以看出國家並非只是爲著正義的理念與行爲人的贖罪而行使刑罰權」⁶³⁰。應報及預防在刑事政策上經常處於一種「緊張關係」(Spannungsverhältnis)，而必須不斷地檢討修正。「若單方面地對於預防目的過份強調，常會激烈地動搖報應思想的根本，而把刑罰的概念導引至一個問題重重的局面。相反地，若過份強調報應思想，則也無異全盤地否定預防思想」⁶³¹。

9.3.2.1 一般預防理論

法律經濟分析學派所側重的預防，乃屬「一般預防理論」(die generalpräventiven Theorien)的議題，即刑罰對社會大眾的威懾作用，即每一個

不是法律認爲合法的)，(請參閱，張麗卿，刑法總則理論與運用，台北 2003, 207 頁)。

「罪責」判斷是對行爲人的良知非價，即縱使行爲人違法殺人，但或因爲其沒有責任能力（例如其爲精神障礙者），故無罪責；或因爲其沒有「不法意識」（例如其自幼生長的文化環境認爲殺死年老重病痛苦者是合法且道德的事、且其從無機會得知外國文化，結果其離開其國家來到我國的第一天，在一位年老重病痛苦者的要求下將其殺死，則可能會被判定爲「不可避免的『禁止錯誤』」(unvermeidbarer Verbotsirrtum))...，若是如此將欠缺罪責，即不成立犯罪。

「罪責」的突顯，顯示刑罰的判斷以行爲人個人的責任爲核心，如韓忠謨教授所言：「現代文明國家之刑法大都以道義觀念爲出發點，認刑事責任無非爲法律對於犯罪行爲人基於價值判斷所科之個人責任，亦即行爲責任或道義責任」(韓忠謨，同註 7, 30 頁)。縱然如稍後將論述的，刑法無法完全避免對社會政策的顧慮，但是過度漠視個人責任、而讓個人成爲服務於社會政策工具的法律經濟分析學派刑法觀，無異與保障人權的價值旨趣大相逕庭。

⁶²⁹ 請參閱 Cooter/Ulen, L&E, p. 405.

⁶³⁰ 林山田，下，同註 1, 401 頁。

⁶³¹ 同上，395 頁。

有意犯罪者心理上事先感受到的威嚇。和德國刑法學「一般預防理論」的倡議者 P. J. Anselm von Feuerbach 一樣，有過分片面將刑法視為國家維護秩序的目的，而去除刑法的倫理內涵之虞。Feuerbach 認為「...刑罰的目的可以說只在於威嚇社會大眾，對於其它的觀點，特別是絕對〔報應〕理論所謂的道德報應，應予以排斥，因為他認為那是屬於倫理的、而非法秩序的，是德育的目的，而非刑罰的目的」⁶³²。

而威嚇思想的前提自然是刑罰的輕重是能夠影響行為人的行動誘因的。對於這一點，屬於「一般預防理論」一派的學者，必須加以肯定，否則其理論基礎即告崩潰。而 Posner 自然亦是肯定，因為經濟學的第一課即是建立在人是「理性的計算者」(rational calculator)⁶³³、會對不同的「激勵」產生不同反應。而援引實證的研究，他也說：「日漸增多的對犯罪的經驗研究文獻已經顯示，罪犯他們宛如是經濟模型的理性計算者一樣，會對下列項目的變化做出反應：機會成本、被逮捕的機率、懲罰的嚴厲程度和其它的相關變量」⁶³⁴。

雖然威嚇的功效在不同的實證研究中，可能得到相反的結果，但是這種研究結果，對「一般預防理論」較無法構成挑戰，因為只要大體上威嚇的功效是存在的，「一般預防理論」便有理據。當然，有兩類情況，威嚇是會失效的，首先是對特殊性格傾向的人；再者是即使原本會受威嚇作用的人，處於受到一時刺激的衝動行為。是故，「有許多實證調查指出，只有部分有犯罪傾向的人，會因為刑罰的威嚇，而形成心理上的強制。有許多犯罪人，可能不受一般預防理論威嚇邏輯的拘束」⁶³⁵。

但這只會形成對稍後將述的「個別預防理論」產生較大的衝擊。

9.3.2.1.1 訂立威嚇的基準

至於在討論訂立「威嚇」程度之基準時，法律經濟分析學派經常忽略一個微妙之點。威嚇要達到效果，應是以加害人之利得（包括精神上的滿足感）為基準，才能夠達到有效嚇阻。有效威嚇的公式應是：

$$S \text{（刑罰的痛苦程度）} \geq I \text{（加害人的利得）} \times p \text{（被制裁的機率）}$$

如果 I 被改為 L「受害人的損失」（包括精神痛苦），則這對加害人而言就沒有什麼意義，因為潛在的加害人只在乎自己的行為是否「划得來」、並依此決定要不要行為，而其自然是依自己感受到的滿足為基準（而非以受害者感受到什麼）。此理甚明，也是法律經濟分析或探討預防理論者必須注意的。而若如此，似乎犯了同樣罪行的人，會得到不同的刑罰。而且更複雜的是，有時加諸不同刑

⁶³² 同上，406 頁。

⁶³³ EAL, p. 243.

⁶³⁴ 同上。

⁶³⁵ 張麗卿，同註 24, 434 頁。

罰的理由並非犯罪人對犯罪利得的感受不同，而是犯罪人對同一刑罰的痛苦感亦不同。

由上述討論所推演出的一個弔詭的小結便是，一般預防理論將難以對所有人訂出一個共同的標準以期威懾所有的人，因為每個人由同一件犯罪（特別是非純經濟性的犯罪，例如毆打情敵、或強暴）究竟得到多少滿足是不同的；而且犯罪人對同一刑罰的痛苦感亦不同（一般預防理論必須假設人的性情相同，但這終只是一個假設）。另外，由上述討論中，又同時也證明在犯罪的領域中，討論被迫要觸及更多 Posner 最不願意討論的「效用」（utility）的問題，因為許多犯罪之目的並不為金錢，其行為的滿足亦不為金錢，如何給這些滿足估個代價，且有時是用罰金以外的手段來償付，又不論罰金或徒刑，每個人感受的痛苦又不相同。則顯然刑法引人進入了一個充滿模糊與複雜的價值評斷的世界中了。而「一般預防理論」也必須被顧慮到更多「個別」要素的思考所補充，才能力求更大的合理周延。

9.3.2.2 個別預防理論

「預防」乃是為了「去除掉危險、保護社會」。然而「一般預防理論」卻窮於應付難以被嚇阻的犯罪者，則對他們使用刑罰便變得毫無意義。有鑑於此，「個別預防理論」（die individualpräventiven Theorien）於十九世紀末因 Franz von Liszt 之提倡而興，其視刑法防衛目的若要實現，乃繫於針對個別的危險源的一一加以扼止，所以必須深入個案（每一個做出反社會行為的個人），對症下藥，讓犯罪者從此脫離反社會行為、或說是排除其重新犯罪之可能性⁶³⁶。由「個別預防理論」的思想中，推出「教育刑罰」的思想；又由其刑法乃為了對抗社會危險的思想中，演變出「保安處分」（Sicherungsmaßnahmen）制度，在刑法中與「刑罰」併存，形成雙軌制。

如此一來，吾人立即可以發現，每一位犯罪人犯罪的原因是不同的，故要避免其再犯的方法也不同。有的人根本平時善良，不具犯罪性格，只是一時受到外在特別有刺激性的情境而犯罪，例如見到丈夫將外遇的對象帶回家、並對之嘲笑，一怒之下丟出菜刀而殺人。此稱為「偶發犯」（Augenblicksverbrechen）或「機緣犯」（Gelegenheitsverbrechen）；這種人實無矯治的必要，只需給予儆戒便能對其產生威懾作用，以後不敢再犯⁶³⁷。

另外則是主要因不良人格特質而犯罪者，又稱為「性格犯」（Charakterverbrechen）。這種人又可分為可矯治與不可矯治兩種。前者給予教育、「再社會化」；後者已無矯治重返社會的希望，只能加以消極地加以「隔離」。

「個別預防理論」是一種更細緻化的社會政策工具，由於其揭櫫「教育刑罰」、「再社會化」，故經常被與「人道化」畫上等號；但是事實上就正義平衡、

⁶³⁶ 林山田，下，同註 1, 415 頁。

⁶³⁷ 請參閱 韓忠謨，同註 7, 27 頁。

人權保障的觀點上，其卻是產生更大的可議性。因為既然刑罰的基準不在於罪責、不受罪責原則的限制，而是視危險的大小或存續而定，而且犯罪人罪責的高低和危險性（未來繼續危害社會）的高低並不一定成正比，則罪責低的犯罪者也可能受到較高的刑罰、甚至不可矯治犯罪人必須被終身隔離於社會之外、或是究竟要隔離多久必須視監禁中的表現（教育或治療效果）而定（不定期刑）⁶³⁸。

這種理論若要固執貫徹，在實際上會因遭到「不符正義」的批評而窒礙難行，因為「國家在刑事政策上既不可能對於違犯重罪的行為人，因其無再社會化的需要而免予刑罰；相反地，也不能對於違犯輕微罪行者，因其係危險的習慣犯，而處以長期的自由刑」⁶³⁹。

爲了克服這種批評，對於欲把具有危險性、但又無法矯治者隔離於社會之外時，便巧立名目，即假借「『保安處分』或「教育刑罰」的美名爲之，其主張「『保安處分』不是『刑罰』」、或某些北歐風氣開放的國家自認其徒刑很人道而皆已是「治療與矯治、不算是刑罰、我們的國家已經沒有刑罰」。然而實在無法明顯看出實質內容與徒刑有什麼不同（被隔離者有比較高興嗎？）⁶⁴⁰。「保安處分雖與刑事刑罰在本質上與存在依據上均有所不同，但是其干預人民權益之深，實與刑事刑罰並無程度上的差異」⁶⁴¹。尤其德國保安處分中的「保安監禁」（Sicherungsverwahrung）一項，「亦即對於已經過長期的刑罰仍未能加以矯治的危險的習慣犯與職業犯，基於社會保安的必要，加以不定期的監禁。...由於這種保安刑罰的嚴厲性，並且違背罪責原則與法治國原則，刑事司法者在運用時，應極其慎重」⁶⁴²。反對保安處分者認爲「大多數的保安處分與刑罰在執行時，根本沒有區別，...其予與犯人之痛苦更由於期限的不確定而加甚，所以在犯人社會中，對於保安處分的恐懼程度遠比刑罰爲甚。因此，在事實上，保安處分即爲刑罰，只是名稱上不叫刑罰而已，對此等事實，素來學者有所謂『註冊商標的詐欺』（Etikettenschwindel）之評議」⁶⁴³。

總而言之，既然「個別預防理論」以行為人的危險性爲基準，對於無可矯治的犯罪人，將成爲刑事法學家及法治國政府最棘手的問題⁶⁴⁴。

⁶³⁸ 請參閱 張麗卿，同註 24, 438 頁。

⁶³⁹ 林山田，下，同註 1, 419 頁。如張麗卿教授所言：「在特別預防理論的影響之下，刑罰可以有相當大的彈性；有罪可以不罰，無罪可以有罰（這裏所謂的罰，非指刑罰）；重罪可以輕罰，輕罪可以重罰」（同註 24, 440 頁）。

⁶⁴⁰ 請參閱，林山田，下，同註 1, 419 頁。

⁶⁴¹ 林山田，刑罰學，台北 1975, 345 頁。

⁶⁴² 林山田，下，同註 1, 421 頁。保安監禁「實爲一種隔離罪犯的保安措施。係最嚴厲的保安處分手段，具有刑事政策之最後手段的性格」（林山田，「刑罰學」，同註 37, 361-362 頁）。

⁶⁴³ 林山田，刑罰學，同註 37, 340-341 頁。

⁶⁴⁴ 面對社會被保護的需要，以「保安監禁」的手段隔離危險源似乎是這個不完美的社會難以廢除的方法，儘管其在正義性上有爭議性，但對善良社會大眾的保護亦不得不爲國家所重視、甚至亦是民眾自己的意願。德國刑事法學家 Bernd Schuenemann 教授於 2003 年 10 月 16 日於台北召開的「全球化時代刑法的前景」研討會則認爲刑法以罪責爲基準的大原則自是不可廢的，但「保安監禁」可被當成是一個「社會政策」與「正義對稱」兩者永恆的緊張關係之刑事政策思考探索試驗場，一個若是不得已必須爲之，又要思考怎麼樣盡量人道化、不粗暴地侵犯被隔離者的人權的方法。

9.3.3 純經濟效率意義下的「最佳威懾」及其批判

威懾的功能來自「懲罰的機率」及「某種懲罰方式的痛苦」之組合。第一項，所謂「懲罰的機率」，包括確認出犯罪者、逮捕到他、並且找出證據將之定罪（證據找得越充足、越能確實定罪，但找證據要花大錢）；而為達到此目的，國家需要例如增加社區巡邏警力、加裝社區街道監視錄影機、各種司法警察、檢察官、購買科學器材、刑事訴訟法的修改...等等措施，每一種都要花費大量金錢。第二項，「某種懲罰方式的痛苦」即定罪之後是選擇哪一種刑罰，而每一種的痛苦及花費都是不相同的。

站在法律經濟分析以節省社會成本為目的的思維，在有限的固定一筆經費下，如何將錢分配在這林林總總的項目中，以達到「最佳的威懾點」（即固定資源下產出的最大效果），是和經濟學的初級課程「消費者選擇」一模一樣的題目。於是模仿消費者滿足的「無異曲線」，法律經濟分析學派也畫出「等威懾線」，即在這線上的各種「懲罰的機率」與「某種懲罰方式的痛苦」的組合，對潛在犯罪者（假設沒有個人特質上的差別）都產生一樣的威懾作用；例如三分之一的被逮捕並定罪機率與一年有期徒刑，其威懾力等於百分之七十的被逮捕定罪機率及三千萬的罰金。雖然這兩種組合的威懾力一樣，但重點是，**國家要實現它們所花費的金錢可不一樣**。因此，如何在有限的經費下尋求最高的威懾點，是藉由「無異曲線」的圖形可以一目了然的。

在右圖中⁶⁴⁵，「等威懾線 α 」上每一點所產生的威懾力都是相同的，故 A,B,C 三點的威懾力是相同的。而假設「高支出線」代表目前現有的國家刑事預算支出，如果我們選擇刑事政策能達到威懾點 A 或 C，則是最笨的政策選擇，因為在「低支出」之下，若選擇有效率的刑事政策就能達到 B，而 B 與 A,C 的威懾力是一樣強的，即我們現在花了大錢但卻只得到花小錢一樣可以達到的結果。如果我們仍是要投入目前的高支出，則我們應該以達到「等威懾線 β 」上的 D 點為目標。

由上述可知，在一個預防及刑事追訴以得到威懾預防效果的過程中，涉及了繁多的項目，這些無數環節的組合，共同製造出威懾力，而每一個項目都有其花費，如何拼湊組合出一個符經濟效率的組合，基本上，這是一個極其複雜的實證分析題材；但是其原理是至為簡單明白的。有趣的是，法律經濟分析學者們撇開了這一浩瀚的研究，只提出了一個簡單的組合原則（大方向），即「懲罰機率低、

⁶⁴⁵ 請參閱 Cooter /Ulen , L&E, p. 447-448.

但是懲罰極嚴重」是最省錢有效的。因為要追求很高的懲罰機率，勢必要能夠確認出大部分的犯罪者、逮捕到他、並且找出確切證據，而這些都是最吃力不討好的、最花錢的。反之，將犯人加重判刑是一件極簡單的事，頂多監禁要花錢，但也許那就不用死刑，死刑（就算訴訟過程較費錢）應仍比長期監禁更省錢（而且威懾力更大），或者，最有效率的方式依 Posner 的見解是「趨近於零的逮捕機率結合..趨向無限大的罰金」⁶⁴⁶，因為罰金是完全不用耗費國家資源的，如他所說的：「罰金數目的增長是不用成本的」（頂多在紙上多寫幾個數字）⁶⁴⁷，而爲了要讓犯罪者痛苦（和被判長期徒刑一樣的痛苦），方法就是把罰金調到極高。

Cooter 與 Ulen 還舉出中國古代在封建帝王制度下，真的用這種方式威懾犯罪。財產犯罪者（不是重罪）被列在名冊上，一年一度被呈給皇帝，皇帝則拿一枝紅筆在上面任意圈選幾人，則被圈到的人即被處以死刑⁶⁴⁸。財產犯罪個別來看不是重罪、罪不及死；但若是太多的這種犯罪顯然危及社會安寧、令人困擾；所以用這種方式來達到高度威懾的效果。當然這是爲了社會政策而拿少數人當工具。

這種刑事政策，若實行得太過分，必然要遭到猛烈批判。而事實上沒有國家敢太明顯地這樣做。至於國家沒有這樣做的原因，並不是如 D. Friedman 所說的，是犯罪者付不出罰金來（Friedman 指的是 Posner 所建議的「低懲罰率」配合「極高的罰金」之政策）⁶⁴⁹，因為這種理由太粗率了，如果「人道」反正也不是法律經濟分析學派考慮的要素，國家若真的要省錢，可以設計一種不會讓國家花錢（甚至國家還反倒賺錢）的監禁方式，或是讓貧窮的重罪犯者用分期付款的方式支付罰金。

這種刑事策略的方向，若是推得太過，是不可以的，而國家之所以不採行的原因，當然是因爲對於「罪責」的忽略已經到了離譜、嚴重違背正義感的地步了。在政策考量及罪責應報兩者權衡之間，過度的偏向一方都會在現實世界中產生窒礙難行的結果。

而對於人們批判這種法律經濟分析所提議的這種刑事政策，是讓許多人逍遙法外，而極少數被抓到的人卻要受到過重的刑罰；Posner 竟然反駁說這完全沒有不公平，他的理由是這和抽獎活動是一樣的，何不公平之有⁶⁵⁰。

筆者認爲這不能和抽獎活動相提並論；首先，抽獎是自願參與的，大家接受了這麼一個規則（不論是大家主動參與一個抽獎活動、或某活動主辦者忽然邀請大家參與後大家也同意參與）。再者，獲得利益與獲得懲罰的行爲是不能相提並論的，例如我國民法第 77 條規定「限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示，

⁶⁴⁶ EAL, p. 244.

⁶⁴⁷ 同上。

⁶⁴⁸ 請參閱 Cooter/Ulen, L&E, p. 474..

⁶⁴⁹ 請參閱 David D. Friedman, *Law's Order*, Princeton 2000, p. 226.

⁶⁵⁰ 請參閱 EAL, p. 249. 「低懲罰率」加上「高罰金」，這個構想是 Gary S. Becker 所首先提出的（請參閱 Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*〔法律理論的前沿 武欣 凌斌譯〕北京 2003, 54 頁）。由 Becker 提出這個刑事政策可知，經濟學家由其經濟效率的單維角度來思考問題的限制、即其得到的不合理結論，也就是說，他根本不懂罪責原則的意義。

應得法定代理人之允許」，但又規定「純獲法律上之利益...不在此限」；可見純粹獲得利益之事不能和受害之事齊觀，Posner 拿抽獎做比喻，是引喻失義、極不恰當的。最後，至少從現實上來講，而這種刑事立法政策除非至少得到國會過半數議員的贊成，否則也實現不了；而經濟學家應該清楚了解，人性大部分是「厭惡風險」的，所以根本不會有過半數的同意（假設國會議員在此案上都順著人民的意志投票，因為怕觸怒選民而下次落選）；則 Posner 的立論正是立於一個自相矛盾的基礎，因為其主張採用「懲罰機率低、但是懲罰極嚴重」的刑事策略會是有有效的理由，正是因為人性「厭惡風險」；但既然人性大部分厭惡風險，就不會通過這種制度。

9.4 經濟學觀點犯罪之基礎之反省

法律經濟分析依從經濟學的思考方式（即只重視社會各方得失相加之後的總量增加、而不承認個人權利的保障），在刑法領域中也將帶來極大的困難。如果說，「犯罪」導至被害人及加害人之間利益的流動，但兩者相加之後，利益總量是增多的，則這種犯罪純就經濟學家的立場而言有何不好？根本不應該是犯罪，而且還應該被鼓勵！如在本書第八章中也已談過，在民事案件中也一樣，只涉及財富移轉的案子，法院為什麼要受理這種訴訟？這是經濟學觀點無法解釋的。

依傳統的法律觀，個人權利遭受不法侵害就是加害人的行為應被非價的理由，但是經濟學卻要問：「為什麼呢？被害人的損失也許正是加害人之所得，而且說不定創出更大的所得」！如 Cooter 與 Ulen 說道：「根據經濟學家的標準觀點，...犯罪者的收益部分地抵銷了被害人的成本」⁶⁵¹。

這樣的思考，讓事情變得複雜、徒增困擾；因為要認定一件事情是否應受非價，還要繫於行為結果是否造成社會收益總量的減少、即「得不償失」；而在經濟學的觀點中，社會收益的總量即計算一切個人的得失之合。於是又必須先去爭論，什麼能算是加害者的「得」，什麼能算是受害者的「失」，又孰大孰小？能否比較？則例如在緊急避難時為了救一己的生命而毀壞了他人一平方公尺的農作物；又一個常被提起的例子是強姦犯得到的快樂與被強姦者的痛苦，強姦犯的快樂算是「社會收益」嗎？如果「收益」大於痛苦時就沒有犯罪嗎？這聽起來很奇怪；於是就有人說：「強姦的快樂不能算是收益」！但是什麼能算、什麼不算，標準何在？對這種爭論，如 Cooter 與 Ulen 所說的：什麼能算是社會收益，「通常，人們在不同的例子得到不同的結論」⁶⁵²。「不幸地，在政策制定者所面臨的許多重要例子中，對於犯罪收益的社會價值沒有產生一致的意見，甚至經濟學家

⁶⁵¹ Cooter/Ulen, L&E, p. 444.

⁶⁵² 同上。

也沒能達到一致的意見」⁶⁵³。

上述的例子涉及了主觀的「效用」（滿足感），因此更是難以估算「收益」，但這也證明經濟學的觀照方式在刑法中是受到更大限制的。爲了把問題單純化，我們只以純粹涉及財物轉移的犯罪，例如偷竊或搶劫他人的財物，而且在行爲中沒有造成其它物品或身體的毀損。這種行爲似乎並沒有造成社會財富總量的減少，只是純粹的「移轉」，則爲什麼在現行的刑法上（民法上也一樣）被非價呢？而法律經濟分析學派又是贊成或反對這種偷竊或搶劫呢？正式上，法律經濟分析學派選擇了後者，理由是：

第一，雖然這看似只涉及移轉，但是很多人因爲恐懼被偷被搶，因此會花費巨資投入人身及住宅安全的保護，因此最後還是浪費了社會資源。

第二，一個每個人活得惶惶不安的社會將導至人人平常心神不寧、以致於工作沒效率，而最終還是影響社會財富。

第三，更重要的是，偷竊或搶劫是一種「強迫性的移轉」（coercive transfer）、是一種「對市場的逃避」⁶⁵⁴，而「市場」的意義即「保證財物能流到能運用該財物創造出最大『價值』的人手中」，這是法律經濟分析學派的最高法律，破壞它的人就該被處罰；偷竊或搶劫者不是「運用該財物能創造出最大『價值』的人」，因爲如果他們是，他們大可以光明正大地去向原所有權人購買就好了，不必使用這種逃避市場的「強迫性的移轉」（coercive transfer）。例如你的樹林想賣一億，如果被我所用，我可以有大於一億的收益，則我就可能向你買；但如果我不可能利用樹林創造出大於一億的收益，則我當然不可能買，而是只會偷你的樹木，這樣省下（外顯）成本，我才可能有利潤。偷竊或搶劫可能讓資源落入不是最能善用它們的人手中，而「市場」制度卻是保障讓資源落入最能善用它們的人手中。故偷竊或搶劫仍然應會減少社會財富，因此該受刑法的非價。

法律經濟分析學派因爲不是站在個人權利的保護之立場，以致於要論證爲什麼要責難偷竊或搶劫，竟然要花費如此九牛二虎之力。但是這些理據，筆者認爲，仍是非常脆弱的。因爲，如果某個人是「投資之神」，他經由一番偷竊或詐騙或搶劫之後，用所得來的錢去投資，所創造出來的財富大於「受害者投資在保護自己人身安全的花費」加上「受害者工作情緒受影響下減少產出的財富」，則其偷竊或詐騙或搶劫，豈不有正當性、依法律經濟分析的立場也應合法化。

法律經濟分析或許可以試圖提出幾個理由來辯駁，我們也可以檢視這些可能的辯駁能否成立：

第一，經濟分析學派可以說：如果「投資之神」真有能力賺更多錢，就不用不著靠偷竊或詐騙或搶劫來籌集本錢，他可以用借的。

但是如果時機稍縱即逝、來不及借錢呢？又如果此位能幹的「投資之神」能省下借錢的交易成本、利息、甚至資金藉著偷竊而來因此不用償還，而使他在下一波段的投資路上可蓄積更大的力量向上創造更大的財富，則豈不美上加美

⁶⁵³ 同上。

⁶⁵⁴ EAL, p. 237.

(即，固然「投資之神」可以向你借、用借的他還是可賺錢，但如果合法化他的偷竊，他創造的財富會更大，則追求「財富最大化」的法思想應允許他偷竊)。則在這種情況下，法律應允許他的偷竊或詐騙或搶劫。

第二，經濟分析學派可以說：在偷竊或詐騙或搶劫之時，沒有人知道這位所謂「投資之神」事後真的能不能賺錢(即使他過去的紀錄是證明他有極佳的表現，而被他偷或騙或搶的人是個有錢的痴呆，完全不懂得把握時機運用金錢)。所以不可以用這種理由事先合法化偷竊或詐騙或搶劫，要不然每個人想偷想搶的人都可以這麼說、這麼做，豈不天下大亂。

但如果事後(下達判決前)真的賺錢了，至少是不是法律就應該要給予不同的對待呢(例如無罪的判決)、或若是已經判決並服刑後才賺錢，則給予特赦？站在法律經濟分析的立場，並不存在其它任何法益價值，而是如同功利主義一樣，是一種「結果導向」的思維；既然結果好了，法律也應隨之給予肯定。

第三，法律經濟分析學派可以說：某些個案中偷竊或詐騙或搶劫(或任何攻擊他人權利的行為)由短期、個案的角度來看，是可能導至增加社會財富的正面結果。但是，如果大家都這麼做，則長期、全盤來看，則效果將轉為負面；因為社會上將存在太大的驚恐與不安，每個人都很怕會有一位「很能幹的人」來偷走、搶走我的錢，則這樣的社會因為每個人情緒的緊張、惶惶不安，將會導至健康及工作效率的大損。所以應不顧個案的短期效果，而一律禁絕偷竊或詐騙或搶劫。

但本書第三章及第八章都已討論過這個問題了，即這本質上是和「行為功利主義」及「規則功利主義」之間的矛盾同樣性質的問題，即「在長期、全盤的情況下會產生某種結果的，仍不能排除在例外情況下會有相反的結果，而且重點是，偶爾允許這種例外情況，有可能並不會惡化社會長期、全盤情況」(財富縮小的只是在這個案中的被偷被騙被搶者個人，而非社會整體，而法律經濟分析學派是不管個人的)；即不能排除在某些特殊個案下，允許偷竊或詐騙或搶劫，並不會導至長期及全面的情形下社會財富的損失再被加劇。也就是說，即使法律在一般情況下禁止偷竊或詐騙或搶劫，但是偷竊或詐騙或搶劫還是應該視個別情況，在特定個案中有被合法化的可能。尤其我們看到(特別在本書第五、六章中說得更為明顯)Posner的做法更是如此，他不惜隨機在個案中揚棄既有的法律，只要既有法律在個案中有礙於財富最大化，便當下立即加以修改法律、踐踏個人既有的法定權利(而令人懷疑的是，Posner在這樣做時，甚至連考慮過長期或全面上對社會財富的影響都沒有，所以其態度更為輕率)。Posner這樣的哲學等於是隨機在合法化能創造較大財富者對弱勢者的侵奪(而且被強勢者多創造出來的財富，也沒有被要求其中一部分要被拿出來填平被侵害者的損失)，但是又因為隨時獲得權利的賦予，所以不落侵奪的痕跡。Posner曾批評功利主義會正當化偷竊、而他的哲學不會；但筆者卻認為，強勢者在「財富最大化」的哲學下，正是法律先為他鋪平了一切搶奪的路；或者是說，因為已經先合法了，所以不需要「搶奪」，法律一看到你有需要，就早一步已經先替你搶過來送你了。這是在本書稍前的5.1.4及6.2.3兩個段落之中筆者已經評述過的道理。

上面的論述，其實根本的癥結非常簡單，問題的根源只在於法律要保護的是「個人權利」、還是「社會收益總量」而不問其中個人的得失。經濟分析學派選擇後者，則會推演到那些結論，是必然的理論發展。

在本書第三及第四章中，都曾經詳細論到「財富最大化」哲學禁止非自願性的轉讓，故其自認尊重個人權利。但是問題的關鍵即在，「財富最大化」哲學這種主張是基於「尊重個人權利」本身？還是基於通常「自願性的轉讓會導至財富最大化的結果」？顯然，經濟學家們不自覺地擺蕩在兩個指導原則之間，面對兩個上帝。

而觀諸法律經濟分析學派的言論，其最終選擇了膜拜後者、即「社會財富總量最大化」作為最高的基準而凌駕個人權利的保護之上。故若是面臨「**侵犯個人權利才能夠達成財富最大化**」的特殊情境時要怎麼抉擇，答案就很明白了，法律經濟分析總是犧牲個人的自願、不顧個人的權利的。否則法律經濟分析學派自始何必去問「被害人及加害人之間利益流動的結果若是兩者相加之後，利益總量是增多的，還應算不算犯罪」這種問題呢。

9.4.1 緊急避難與非金錢性侵害的問題

「緊急避難」亦訴諸「法益衡量」為基準，而且強調所要保全的法益必須大於在避險時破壞的法益。則緊急避難的原理是否和法律經濟分析的效率思想類似呢？

筆者認為，是極不類似的。由上述可知，法律經濟分析的倫理學甚至難以回答「能增加社會財富的主動侵犯他人權利為什麼仍受刑法上的非難」這樣的問題。而緊急避難則無此問題，因為緊急避難只用在被動的「避險」，而永遠與主動攻擊性的侵犯他人以謀私利無關。此理甚明。而且其給予難以用市場價格估計的生命、健康一個凌駕性的地位，使其輕易能阻卻對他人財產造成損害的違法性；這點和經濟分析不同。

又緊急避難雖涵蓋生命、健康、自由、財產的保全，但是在做法益衡量時，對於法律經濟分析學派而言，生命、健康、自由，皆應依市場上的價格訂立其「價值」？故對於緊急避難，法律經濟分析學派如何討論？筆者實感懷疑。因為這些「法益」，如本書之前多處指出，或無市場價格、或認定價格的基準見仁見智、或不同人有差別極大的市場價格…。同理，涉及非金錢損害的犯罪，如殺害人命、毀壞肢體、智能…，如何評價其犯罪輕重？而且，如期所述，死刑、徒刑、罰金…又等於多少市場價格、或是產生什麼不同量或質的負面效用，這些刑法的問題，讓固守於市場價格的法律經濟分析學派，更難進行分析。

9.5 沒有被害人的犯罪？— 自願交易可正當化一切？

對於作為自由市場信仰者的法律經濟分析學派哲人而言，自願的交易意謂著「雙方皆獲得利益」。那麼，刑法還會直接引發他們一個質疑，即為什麼刑法要對所謂「沒有被害人的犯罪」（「被國家宣佈為不法的自願」）加以懲罰⁶⁵⁵？

這個問題，是一個古老的問題；而面對古典放任自由主義者的質疑，最簡單的答覆則是指出，不能夠只考慮交易的雙方，而是要考慮其「第三人作用」，即例如賣酒給駕駛人，結果造成其他人死於車禍。

但是當然有些事態，就不一定如此簡單能被解釋，因為其「第三人作用」是否存在，是不直接明顯的、是有爭議的，會因個人持不同的價值觀而有所歧見。例如古典放任的自由主義者，通常會為娼妓、毒品、高利貸、黃牛票等等行為辯護；他們認為，這些事情所衍生的惡，是來自政府干涉的結果，換句話說，若是沒有政府的禁止，這些事情只要出於雙方當事人出於自願，他們依其價值觀認為，並沒有惡產生、即沒有損害任何其它人。這樣的陣營的立場，以 Walter Block 在 1976 年所寫的“Defending the Undefendable”一書可為代表，該通俗性的著作獲得了古典自由主義陣營的名流人士如 von Hayek, Nozick, Hazlitt, Rothbard 的推荐⁶⁵⁶，書中站在自由市場的觀點，為娼妓、皮條客、毒販與吸毒、恐嚇取財者、賣黃牛票者、放高利貸者、雇用童工者、（沒有真正失火但卻）在劇院中高

⁶⁵⁵ 請參閱 同上，p. 239.

⁶⁵⁶ Walter Block, 百辯經濟學 (Defending the Undefendable), 齊立文 譯, 台北 2003。此書雖然召喚到如此多的有名學者為其推薦，而其提出的問題也確實值得思考，但是藉著得到這麼多名流的支持，其實此書的作者有過度自我抬舉之嫌。因為這些非常值得用哲學、經濟學、法學來加以深思反省的問題，讀者在一開始閱讀之後，就發現 Block 卻只用了一種太過粗淺簡陋的大眾讀物方式來討論，其推理不夠精密周延（「通俗」並不一定就要粗略）。故這些世界知名的學者如此輕率地為此書推薦，那恐將只是出於意識形態的雷同而已，而缺乏真正學術上的理據。

例如談到恐嚇取財（敲詐），Block 認為恐嚇者是提出一個價錢和被為恐嚇者協商交易，即我提議你付我一筆錢，我則以不洩露你不欲為人所知的秘密為對價（請參閱 Block, 87-93 頁）。但隨即其也發現恐嚇並非自願的交易，故其理由不通，便又另尋理由說，固然被恐嚇者是受到脅迫，但是講出別人的秘密是我的言論自由。事實上，法律並未賦予此種言論自由（而是 Block 想要去提倡這種言論自由而已），而是會觸犯誹謗罪的，並且當然同時產生民事責任。法律至多在一個情況下給予人這種言論自由，即被誹謗者所揭發的事是有關公益的（而不是只涉及私德）、而且誹謗者能證明其所言為真（我國刑法第 310 條第 3 項：對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限）或至少有相當理由確信其為真實（司法院釋字 509 號）。但即使如此，重點是，法律仍然不准許講出並證明別人違反公益（不法）之事者是為了圖利自己而發，若是這樣做之動機只是為了求取一己之財，不管講什麼仍然犯罪（雖不犯誹謗罪，但犯了恐嚇取財罪）。

Block 認為法律不應該禁止恐嚇的又一理由，因為恐嚇者能預防犯罪，很多人會因為怕犯罪之後被人恐嚇，因此不敢犯罪，故恐嚇者在預防犯罪上是無名英雄（所以至少恐嚇犯罪者或行為有違公益者應該被合法化）。但這當然是其價值觀而已，他若是要如此主張，仍必須更深入思考其種種問題：例如是否造成被恐嚇者憤而殺人滅口，製造更多社會動蕩；是否鼓勵人們的貪婪，只為一己之金錢利益才關心社會，那麼無異也是認同作姦犯科者一旦能用錢安撫恐嚇者，也是他的本事，是合理的交易、在道德上無可非議。Posner 在討論此一問題時，則也提到一個有意思的辯論，即有人認為國家禁止對犯罪者敲詐，乃因為「敲詐合法化會提高公權力執法機構為了獲得資訊而必須支出的價格。他們會與被敲詐者展開競爭；這實際等於是敲詐者把自己所搜集到的定罪資訊拍賣給出價最高的人。警方平時都大量依賴內線...」（OL, p. 548）。這個理由是值得思考的，而 Posner 個人是認為一旦敲詐合法化，供應者就會大增，就不致於造成資訊價格太高的問題。

喊失火者...辯護，認為是合乎市場法則、互利的行為，國家沒有加以禁止的理由。以毒品為例，吸食毒品者犯罪以籌措購買毒品的錢，實因毒品是非法的，導至毒品的生產、運輸、販售的成本，供應的一方承擔巨大的不便與風險，包括行賄、事發後聘請律師...等費用，當然只有轉嫁到消費者身上，而逼迫上癮者在毒癮發作時鋌而走險。如果毒品成為合法商品，則價格低廉，反而不生問題。至於有人會說，毒品會傷害吸食者的壽命、健康或工作能力！然而其會反駁道：「..決定要過什麼樣的生活，乃是個人的選擇」⁶⁵⁷。就像一個人飲用啤酒過量也會傷害其身體（而輕度的麻醉品是否該被禁止也的確是一個被爭議不休的問題），甚至一個人喜歡熬夜、或做危險的運動來傷害自己健康，難道國家也要將之規定為犯罪？又如果是說，吸食毒品者若多，就社會全面來看，會減少人民的生產力，降低整體 GDP。然而其反駁為，為什麼要以 GDP 的高低來判定一國人民生活快不快樂的指標？為什麼強迫擁抱 GDP 作為價值的標準？如果一國人民情願選擇多一點休閒、安逸，而不想太辛苦賺錢，難道不行嗎？所有的經濟學的教科書皆指出，以 GDP 作為估量一個地區居民的生活福祉，是完全遺漏了對休閒福祉的考量。

對於上述他所欲辯護的那些事情，Block 認為應被定位為“amoral”（非關道德的、無道德意義的）。其在序言中提出的理由是「市場就像是一把火、一把槍、一把刀或一台打字機：一項既可為善又可做惡的絕佳利器。經由自由企業，我們雖能夠做善事，但也可以犯下恰恰相反的惡行劣跡」⁶⁵⁸。但筆者認為，這樣的理由是不能成立的，因為既然其可以為善也可以為惡，那刑法正是制止其為惡的一面。真正較有力的理由是：這些是不可避免的、不可消除的、與人性亙古以來必然共存的，所以如何說它們違反道德。

筆者認為，這可細分為兩項，一是必然有的市場（必有此需求），如娼妓業。二是依市場法則必然衍生（而公權力如何能對抗市場法則），例如放高利貸、賣黃牛票。

對於第一點，筆者認為，不能夠以「有此需求」就認為其供給、或說此交易就自動取得正當性（即使是交易雙方都覺得滿意）。例如依人性，在這個世界上總會有一些人希望靠暴力的手段取得壟斷的地位來較方便地賺錢，於是他們希望有槍（有需求），但是供給槍枝便不能以此理由而被正當化，因為有槍之後其用暴力傷害他人。又即使有需求者並不是有意要傷害他人，但仍會給社會造成傷害，例如在監獄中的受刑人必然需求香煙、酒、肉體情欲方面的滿足，獄卒若是提供之給出得起價錢的受刑人，是否也可以依「市場」的大纛來正當化這個行為呢？這樣做違背了刑罰的目的、傷害了刑罰本來宗旨、違背大眾對刑罰公平的感受，造成人民對國家法律及公務員的輕視嘲諷的態度、最終會減低刑法的報應正義與威懾功能、及人民的守法意識。

重點只是在於國家應將什麼市場行為視為對社會有害、即國家要先確定其追求什麼價值、拒斥什麼價值，而這的確是艱難的倫理學問題。國家有其目的，

⁶⁵⁷ Block，同註 52, 80 頁。

⁶⁵⁸ 同上，43 頁。

其目的是和個人不同的；在此，我們談「國家的目的」，並不是把「國家」「實體化」，變成一個凌駕個體之上的虛幻的有意志主體，而是只代表大多數人民大體上的意志，故也不排除立法者（民意代表）及依法行政者依從民意的大體方向而隨時可改變「國家的目的」。但立法者及行政者依人民想讓社會續存、如何續存的意願來考量規定國家的政策以實現此目的，這是不可避免的；別說是刑法，就是所得稅的政策中，例如對獨身者徵重稅而對結婚有子女者反而給予輕稅，都涉及國家刻意追求某種目的。故政策拿捏的分寸必須適當，才不至於被認為過分侵犯到個人規劃的自由、侵犯個人的人格自由發展權，而成為「父權心態」的國家。不可否認，在歷史上，倫理價值的變動極劇，例如在封建時代的中國，對例如「子孫違犯教令」這種違背孝道的罪，重則處死、流放數千里充軍，輕則徒刑、杖刑；但自沈家本訂立「大清新刑律」正文以來，則完全不是法律的事，而是家庭教育問題而已。又如未婚女子與人發生性關係，即「無夫姦」，過去有罪，但自封建結束、採用西律，亦完全不是法律的事⁶⁵⁹。通姦在過去（甚至現在）的伊斯蘭國家是死刑，但現今絕大部分國家則是除罪化、與刑法無關。

總而言之，刑法將某些基於自願的交易規定為不法，乃認定其有第三人效應，而影響社會的和平、秩序。問題只在於是不是真的有傷害他人而已；刑法應採用何種價值觀（國家要壓制什麼），自不能不與社會脈動俱進，也不能脫離深刻的哲學立場選擇之反省，例如，什麼叫「有害」於社會？此「害」真的是害嗎？抑或只是基於某種宗教信仰、禮教、風俗的意識形態、信仰、偏見，而真正具體的損害何在？這些確實需要嚴肅面對、時時仔細重新反省。但是，筆者要強調的是，**重點只在於，古典放任自由主義者認為「有『需求』、所以『供給』之就必然自動等於是對的」，這個命題，並不能成立；即「需求供給」正當化一切，並不正確。**

至於其反對國家壓制有市場存在的情況之理由乃認為，公權力的壓制完全無法改變市場的存在、甚至讓市場一定往更壞的方向走（所以不管好壞、只是以「事實上壓制也沒有用」來作為反對干預理由），仍需實證的研究；至少筆者對其看法是存疑的，例如對於監獄中獄卒販賣受刑人所需求的商品或警察、法官接受毒犯賄賂的情況，筆者並不認為國家的走向民主開放、輿論媒體的監督、及整飭司法人員的紀律（包括大幅提高其工資）仍不能得到改善。至於毒品，必須考慮在開放後是否大量吸食而危及國家的生存（不止是 GDP 降低，而是連抵禦外國入侵的能力都沒有了），這種國家的目的，除非該國民意大多數認為亡國是無所謂的，否則將可正當地將禁止毒品加諸人民之上，除非已有明確的實證之結果顯示，一個完全開放毒品的國家，其吸食者的人數和禁止毒品的國家相差無己、而且由於毒品價格低廉，犯罪大為減少；然而是否有國家要率先做一次實驗？

至於第二點，「依市場法則必然衍生」者，也許處理起來更為棘手，因為市場法則確實難抗，在兵荒馬亂之際，要禁止物價飛漲、是痴人說夢話，依供需定

⁶⁵⁹ 請參閱，黃源盛，沈家本法律思想與晚清刑律變遷，台灣大學法律系博士論文，1991，162-176 頁。

律，兵荒馬亂之中既然物資真的缺少，價格上漲乃是天經地義；涉及依供需定律必然應運而生者，而交易亦基於自願而成、無人強迫任何人，則在道德上是否能予以非價，實有討論空間。但是未必表示國家在此領域中應全面「投降」、「棄守」。尤其，對於救命之重要物資，並非真正物資缺乏，而是以囤積的方式造成物資短缺而上漲，固然依市場法則，終必再度跌價，但可能在緊急時刻，造成社會欠缺最必須的物品、影響人命、造成恐慌混亂，違背刑法保護社會安寧和平及續存的價值目的，自然為刑法所不許。

總之，刑法具有強烈的倫理意涵，具有標定社會倫理規範的功能，「為數不少的刑法規範均源自道德或倫理規範，故道德或倫理規範係刑法規範的基礎。此外，刑罰乃具有社會倫理非難性的法律制裁手段，故刑法的法律效果具有相當的倫理性。因此，刑法規範與道德或倫理規範的關係亦極為密切」⁶⁶⁰。

「自願性的交易」並不能自動正當化一切，因為其常有「第三人效應」之存在、即對他人與社會將產生影響（包括很間接地產生一種社會風氣的影響，而法律認為這種風氣、價值觀對社會有不良的慢性腐蝕作用），故並非應只以交易雙方的觀點來看待；而是公權力的擁有者不得不顧及整體社會的發展來制刑。如前已清楚所述，問題只在於「什麼樣的倫理觀是適切的」、「我們要什麼樣的道德」！而這亦正是隸屬於人類社會對在倫理學問題不斷反省討論的無窮進程之中。

第十章 憲法基本人權

10.1 人性尊嚴的「價值」

在基本人權的領域，所重的是人性尊嚴本身的價值，而尊嚴是難以化為市場價格來估算的，因此首先要質疑的便是：「財富最大化」橫被拿進基本人權保障的天地中，究竟人權要怎麼樣被給予一席之地？

如前所述，在 Posner 的哲學下，「讓社會財富總量變得最大」之目的被拿進每一個法律領域中，而與每個法領域其原本單純追求的固有價值不斷地產生碰撞衝突；例如在契約法中是與「私法自治」（國家尊重個人自主）相衝突，在訴訟法中是與「個人權利救濟」的衝突，在刑法中與「罪責」（個人的「可責性」）的衝突；而在憲法基本人權保障的問題中，是與「人性尊嚴價值本身之保護」的衝突。

如果仔細地閱讀 Posner 的論述，應早就發現 Posner 的手法一向不外下列兩

⁶⁶⁰ 林山田，上，同註 1，59 頁。

種：第一種是其認定某既有法律違背了效率，故他批判之，並讓「財富最大化」凌駕既有的法律，去改變、取代既有法律；所以「衝突」其實並不會長存，而是馬上會被解消，因為「財富最大化」將勝出，不符合此目標的法律必須被取代。但是，這並不是 Posner 最樂見的一種手法，他更喜歡的第二種手法是，先試圖將普通法各領域的既有法律都解釋成是和追求效率之目標相一致的（即使法官自己並沒有明顯地意識到這一點）⁶⁶¹。然而，這種「一切事物背後的真正理由其實都是為了效率」的詮釋並不是都能成功，有時候其顯然是牽強扭曲的，正如在本章中我們馬上會看到的例子。有時法律追求其一貫的價值或許在某些情形下未必妨害到效率，但其畢竟不是為了效率，所以一旦遇到會與效率發生衝突時，傳統上法官仍固守著該法律原本的方向（目標）；但是 Posner 的主張卻是，一旦到某個程度，該法律要保障的權利不再會產生符合經濟效率的結果，則這個法律及其保障就應該立刻被丟進垃圾桶了。這足以證明 Posner 對法律的詮釋是錯誤的，或至少是說他所要的是提倡一種革命性的新法律觀⁶⁶²。

由上述可知，Posner 在面對既有法律時，總是擺盪在兩種詮釋的選擇之間，即到底是「一切既有法律都已經是符合效率的」？還是「有些法律還未依照效率原則被建構，應趕快改變」⁶⁶³？

在基本人權一章中，我們看到同樣的兩種情形，有時他批判現有的規範不符合效率、有時他試圖把現有保障人權的規範解釋成其實背後的目的也是為了促進效率（但這種解釋經常是牽強的、而且非常隨興而發、不嚴謹，好像想到什麼就隨便寫出一句來，一如 Posner 在倫理學論辯上的一貫風格）。

10.2 「證據排除」法則

⁶⁶¹ 對此，Posner 說道：「許多普通法原則在經濟上是合理的，但在經濟上顯得不夠細緻。他們是符合常識的。將它們以經濟學的方式做表述，大部分的法官及律師是無能為力，但他們的直覺卻非不具經濟感」（EAL, p. 274-275）。

⁶⁶² 例如，對於「為什麼憲法要保障人民通訊隱私的基本人權」，對此 Posner 也要試著先用經濟效率來給一番理由，他的解釋是：「如果連這樣的〔通訊隱私〕的保障都沒有，人們就會改去使用較安全、但效率卻較低的通訊方式」（EAL, p. 747）。而當到達某種情境下，保障通訊隱私不再符合效率，這個權利的保障就被終止了。這是第七章的「邊際效益」思想，即無處不在的 Posner 思想之最高指導綱領，即「邊際 Hand 公式」。

⁶⁶³ 這個問題同樣顯示在 Posner 看待普通法的態度。就好像他不斷強調的：「最好是把普通法...詮釋為一種促進效率的努力」（EJ, p. 103）。

但 Posner 這個命題究竟是在講既有的「實然」（Sein）、即「普通法已經現實上是一個一心以促進效率為念的體系」？還是講一個呼籲、期待的「應然」（Sollen）、即「法官在未來應該把普通法詮釋改造為一個合乎效率的體系」？他的文字表達始終沒有確定的清晰性。而這也不足為怪，因為普通法在某些領域中是會考量效率的，就像在本書第五章 5.2 段（民法的效率思維）之中也舉出傳統民法許多規範是促進效率的；但也有些規範不是，或其符合效率只是在某些部分的情境下恰巧的結果、但效率不是其終極目的、也不一定在一切情況下都會符合效率。

要把現存的普通法理解為是一個已經全面符合 Posner 哲學理想的法律體系，是太過牽強的。Posner 似乎也不敢硬是這麼認為，故他說：「普通法就其大部分而言在分配上是中立的，這種中立性的理由是與法院的體制上的特性有關的」（EAL, p. 286）。主要是法院的專業能力不足。故「最好是把普通法詮釋為一種促進效率的努力」應被理解為 Posner 對未來的呼籲、期待。

10.2.1 「證據排除」的意義與緣由

Posner 在憲法基本人權保障的探討上，談到兩個極為重要的刑事訴訟法上的議題，第一是「證據排除法則」(the exclusionary rule)，第二是「緘默權」(privilege of silence)、或說是「不自證己罪權」(privilege against self-incrimination)。此二權分別源於美國憲法第四、第五修正案，另外亦會涉及第十四修正案、即「法律的正當程序」(due process of law)條款。足見，刑事訴訟法確實是「應用之憲法」、「憲法之施行法」、「憲法的測震儀」、「法治國的大憲章」⁶⁶⁴；故各國憲法中見到有規範刑事訴訟之事項乃尋常之事。

所謂的「證據排除法則」乃是為了有效保證美國憲法第四修正案所賦予的人權保障能被實現，而被聯邦最高法院創造出來的權利。第四修正案內容為：「人民有保護其人身、住宅、文件及財產免於不合理的搜索及扣押的權利不能被侵犯。除非有很可信的理由，並加上宗教式或法定之宣誓，並具體指出應被搜索的處所、應被搜索者、欲被扣押之物，方能簽發搜索或逮捕令狀」。

「證據排除法則」主要指的是由非法之搜索 (searches) 與扣押 (seizures) 而得來的證據將失去「證據能力」、即不能作為欲證明被告有罪的證據。又由於扣押包括對「人」的扣押，即廣義的「逮捕」(arrest)⁶⁶⁵，因此若逮捕的程序違憲、違法，則由此違法逮捕後之附帶 (人身) 搜索或隨後偵訊所得的證據亦應遭排除。

討論「證據排除法則」，通常是將焦點集中在「對物的強制處分」，即司法人員進入住宅進行搜索、與扣押房內發現的物品；而問題通常是出在令狀 (搜索票) 的問題之上，簡而言之，不外乎是「有沒有搜索票」、「搜索票的簽發是否合憲、合法」、「搜索扣押是否超越了被允許的範圍」(例如警察拿走了搜索票上沒有記

⁶⁶⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法 (上)，台北 2003，20 頁。

⁶⁶⁵ 王兆鵬，搜索扣押與刑事被告的憲法權利，台北 2000，10 頁。

在我國，限制嫌疑犯的人身自由之強制處分被分為「逮捕」、「拘提」、「羈押」，但在美國法中皆屬於「逮捕」之概念之下，羈押亦被視為逮捕之連續 (請參閱 黃東熊，刑事訴訟法研究第二冊，台北 1999，154 頁)。

至於我國刑事訴訟法區分 (狹意的)「逮捕」與「拘提」，(而美國法無此概念區分) 是有其實益的，因為我國刑事訴訟法所指的「拘提」乃是「基於法院或推事或〔在 1987 年底之前〕檢察官之命令為之，且原則上，須以具有一定形式之令狀 (拘票) 為基礎」(黃東熊，刑事訴訟法論，增訂二版一刷，台北 1999，177 頁)；反之「逮捕」乃針對現行犯、準現行犯，時間緊迫，理所當然是不需要式的行為、不需要令狀，但是仍要符合一定的法律要件，否則「逮捕」將是違法的，而由此違法逮捕之後的行動所得之證據亦將被排除。例如，若是警察巡邏經過一屋，聽見正在開舞會的屋內有人高喊「扒手」而衝進屋內，其中一人的小皮包被竊。若警察竟因此將屋內賓客三百人全部逮捕，在隨後的附帶人身搜索或帶回警局的偵訊中查出證據，則可能因此逮捕是違憲 (因為第四修正案規定人民之身體不受不合理之搜索與扣押，警察在每個人犯罪機率如此低微的情況下逮捕之，已逾合理程度)，其證據將被排除 (請參閱 王兆鵬，同註 5，10-12 頁)。

又例如美國法對逮捕後，警察所應盡的告知義務，特別重視，例如著名的「米蘭達提示」(Miranda Warning) 即應被告知的內容之一。若是在告知義務上有所違背，則逮捕將成為非法；另外亦有可能在告知上已盡義務，但在附帶搜索 (搜身) 時踰越尺度、或其它應踐行的各種義務上不符法律規定，則所得之證據亦將遭到排除 (王兆鵬，174-178 頁)。故美國法上，對於逮捕後之各項處置，規定得特別仔細繁複，足見其民族性對人權的保障遠比歐陸民族重視 (請參閱 黃東熊，刑事訴訟法研究第二冊，同註 5，158-162 頁)。

載、亦非違禁品的東西)。

在北美十三州地區作為英國殖民地時代，盛行所謂的「空白搜索票」(general warrant)，即讓警察身上帶著未填寫的搜索票，而後待警察隨興要搜某人、某地址、想帶走某物...，皆事後再填寫，等於是為所欲為的搶劫、只是事後多了一張票而已，故讓美國人的祖先深惡痛絕，無怪乎激起革命。故在後來制定憲法修正案時(1791)，在第四修正案中，美國人「其以不憚辭費之規定，詳訂人民不受違法搜索之自由，實不多見。蓋其乃顯示制憲先賢對違法搜索之深惡痛絕；美國之宣告獨立，英人於美洲大陸上濫施搜索實為主因之一」⁶⁶⁶。

「證據排除」是對司法追訴犯罪事關至為重大的事，因為刑事訴訟的核心就在證據，沒證據就不可能定罪，故「證據排除」自然會激起不少在乎犯罪追訴效率的人之猛烈反對。Posner 心目中的偶像 Cardozo 法官就說：「僅因警察犯錯之故，罪犯竟可逍遙法外」⁶⁶⁷！英國功利主義大哲 Bentham 也說：「證據是正義的基石，排除證據就是排除正義」⁶⁶⁸。Posner 基於經濟學邊際效益思想，則認為採取絕對的、僵固、一律的證據排除(強制證據排除主義)是對司法人員的一種「過度嚇阻」(overdeterrence)⁶⁶⁹。基本上，他認為司法人員非法取得的證據是不是應被排除，應比較其所侵犯的人身所造成的代價、及不破案之下社會的損失；這其實不需要特別強調是法律經濟分析立場下的看法，而是各國許多學者、司法人員及人民都很直覺流行的看法，我們稍後將會再反省思考之。

而在要進一步探索「證據排除」的是非、賦予一個評斷之前，吾人最好是先對「證據排除法則」的由來及至今的發展趨勢有一背景的了解，而首先應對聯邦最高法院的背景有一番了解：聯邦最高法院在 E. Warren 擔任院長的期間，積極介入民權議題、有所謂「Warren 法庭」(Warren Court)之稱⁶⁷⁰。於是保守派人士「指責法院走得太快，為散佈『犯罪』資料的人們大開其門，提供太多機會，對警官和檢察官施加了太多的限制，並且把法官自己的關於如何建立代議制立法機關的思想強加給國家」⁶⁷¹。「1968 年的總統競選中，候選人尼克森(Nixon)明確表示，他贊成最高法院的批評者們的觀點。他承諾，如果他當選為總統，他將選任那些持有『嚴格解釋』(strict-constructionist)憲法觀點者去填補最高法院

⁶⁶⁶ 法治斌，論違法搜索扣押證據之排除，在：刑事訴訟法論文選輯(陳樸生編)，台北 1984，236-289 頁；237 頁。中國古代亦有搜索票的概念，換句話說，即知道房舍的侵入是一件非同小可、事關重大的事，不可隨意侵犯之、必須慎重敬戒，必須持有令狀，例如在明朝，謂之「朱票」(與統治者的姓氏同)。然而這只是針對達官顯貴之府邸、或是官方設施之地、例如秀才們讀書的「學宮」、被視為與孔老夫子有關的神聖之地；但若是論起一般黔首黎民的房子，那是談不上什麼搜索票、人權的，小官差帶著衙役「你們一間一間地給我搜！」，就是古代的搜索，連一張「空白搜索票」都沒有(當然，有沒有空白搜索票是完全一樣的)。雖然現行法律已規定遠超過一甲子了，台灣直到十年前，警察沒有拘票、沒有搜索票的拘提、搜索扣押都還是司空見慣的事，更何況古代。

⁶⁶⁷ 同上，262 頁。

⁶⁶⁸ 王兆鵬，同註 5，82 頁。

⁶⁶⁹ EAL, p. 749.

⁶⁷⁰ E. Warren 乃於 1953 年由 Eisenhower 總統任命，Warren 大法官乃共和黨籍，但是行事作風顯然和共和黨素來給人的刻板印象背道而馳(請參閱 Edward S. Corwin/J.W. Peltason, 美國憲法釋義[Understanding the Constitution]結構群譯，台北 1992，445 頁)。

⁶⁷¹ 同上，53 頁。

的空缺」⁶⁷²。翌年 Nixon 總統即提名保守派的 W. E. Burger 擔任大法官，並成為院長；三年之內共提名四位大法官，其中 1972 年的 W. H. Rehnquist 大法官亦是以立場保守而著稱⁶⁷³。這段立場的變遷史，亦與「證據排除」法則的發展息息相關。

嚴格而言，「證據排除」始於 1914 年的 *Weeks v. United States* 一案中由聯邦最高法院加以確立，但是僅適用於聯邦司法層級、而不拘束各州之司法人員及機構⁶⁷⁴，未免有為德不卒之憾。

到了 1949 年的 *Wolf v. Colorado* 一案，聯邦最高法院「宣佈憲法第四條修正案可經由第十四修正案之規定，對各州亦一體適用，各州政府亦不可使用非法之方式，實施搜索與扣押」⁶⁷⁵；但是這只是指不允許州的司法人員及機構違反憲法的規定對人民進行搜索及扣押，並未強行規定各州若有執法人員發生違法搜索扣押時各州法律要規定何種一定的法律後果，即並不蘊含在州的層次上違法的搜索及扣押所得之證據一定應被排除，聯邦最高法院的意思是：各州對於違法的搜索扣押要賦予何種救濟途徑、何種法律後果，可以由各州自行探索、實驗，不需要由聯邦最高法院統一強行規定⁶⁷⁶。

但僅隔三年之後，發生 *Rochin v. California* 一案，「警察未持搜索票逕行進入原告之住所，原告迅速將若干膠囊吞入，...警察即指示醫生將嘔吐藥經由橡皮管強行通入其胃中，使其被迫將其吞入之嗎啡膠囊吐出，以為其持有毒品之證據。最高法院...認定此一毒品證據應行排除，因州警之行爲實已『震驚良知』（shocks the conscience）。或即以本案之取證方式太過惡劣，無法逕行承認因此取得之證據能力」⁶⁷⁷，故在此案中，聯邦最高法院「..認為應排除違法搜索結果所扣押之證據，惟應排除之對象，卻僅限定於極端地強制、暴行、野蠻之行爲」⁶⁷⁸，即「證據排除」之法則透過此案開始，亦適用於各州，但卻只限於最嚴重傷害人權的違憲、違法搜索扣押行為下所取得的證據。

直到 1961 年的 *Mapp v. Ohio* 一案才確立各州於各種違法搜索扣押之案件，皆普遍適用「證據排除」法則⁶⁷⁹。在該案中，「五位大法官確認因 *Wolf* 一案所鼓勵各州自行試驗之其他救濟方式，均已證明並非有效，故如僅承認享有憲法之保障，但卻容忍違反此項保障所取得之證據，並以此造成對其不利之結果，即如同『賦予權利，實則不使其取得應有之利益與快樂』，...根本喪失權利之本旨。故排除法則應屬第四條修正案之一部」⁶⁸⁰。

⁶⁷² 同上，53 頁。

⁶⁷³ 請參閱 同上 53-55 頁。

⁶⁷⁴ 請參閱 法治斌，同註 6, 239 頁。

⁶⁷⁵ 同上，240 頁。這是因為在第十四修正案中，明文指涉到「州」，所以第十四修正案可以發揮一種「轉轍器」、「介面」的功能。該條第一款文中明言：「...任何州，沒有經由法律的正當程序，不得剝奪任何人的生命、自由與財產...」。

⁶⁷⁶ 請參閱，同上，240 頁。

⁶⁷⁷ 同上，240-241 頁。

⁶⁷⁸ 黃朝義，刑事訴訟法《證據篇》，台北 2002，56 頁。

⁶⁷⁹ 請參閱 法治斌，同註 6, 242 頁。

⁶⁸⁰ 同上，242-243 頁。

「證據排除」之法則究竟是憲法之固有權利、或是被聯邦最高法院所創造出來的權利？聯邦最高法院隨著其政治立場的轉向，亦持前後不一的看法⁶⁸¹。在前述 *Mapp* 一案中聯邦最高法院認為排除法則應屬第四條修正案固有內涵；惟在二十世紀 70 年代起，聯邦最高法院的保守派大法官增加之後，聯邦最高法院認為此乃聯邦最高法院經由判例而創造出來的權利，並非由第四修正案的文本本身所明白包含或必然有此默示。例如在 1984 年 *United States v. Leon* 一案的判決中即顯示此一觀點，即「證據排除法則之存在，與其稱其為屬於受到權利侵害者之憲法上的權利，毋寧說是藉由抑止效果為保護第四修正條款上之一般權利而由法官創造出之救濟手段」⁶⁸²。而更早在 1974 年之 *United States v. Calandra* 一案中，聯邦最高法院已明言「證據排除」並非憲法之固有權利，而是後來被設計出來的為了實現憲法第四修正案的手段，此判決中有言：「此一法則乃司法創設之救濟方式，通常經由其所具之嚇阻效果，達成保障憲法第四條修正案權利之目的，其本身並非即屬被侵害個人之憲法權利」⁶⁸³。

筆者認為，「非憲法固有意旨」是適切的理解，而筆者之看法並非受聯邦最高法院見解的影響、也不需管當時的法院是以保守派法官佔上風就排斥此見解、亦不管贊成或反對「證據排除」。筆者認為，就算是堅定贊成毫無折扣的「證據排除」，亦不需要硬把它認定為是第四修正案本來就蘊含的意旨；雖然第四修正案基於美國人民殖民地時代痛恨非法搜索扣押的心境而發、明顯反對沒有適當理由或不合理的對人身的侵犯，但這並不蘊含對此違憲的侵犯必須賦予「證據排除」的法律後果才是唯一「符合邏輯」的憲法解釋；因為「給予違法侵害人身的司法人員制裁（刑事的、民事的、行政的），也是理論上落實這條憲法規定的合邏輯之方法。至於在實際上由於「官官相護」或人民（陪審團）同情執法者，而造成對違法的司法人員之刑事的、民事的、行政的制裁完全沒有辦法起作用，這是另一個現實上問題、是後來在歷史上的實踐中才發現的難題，不能把兩者混為一談。所以，不能說第四修正案的立法者原本早已知道對司法人員的制裁是完全沒有辦法起作用的、所以兩百多年前第四修正案原本的意旨就是要以「證據排除」來作為對司法人員的嚇阻。

事實上，正是因為後來的實踐上發現對於違憲、違法進行搜索扣押的司法人員，根本無法有效地給予制裁，才創造出「證據排除」的方法作為真正唯一有效的嚇阻方法。故「證據排除」不能僅以前面所提到的 *Cardozo* 及 *Bentham* 的角度來思考理解，而是應去深深體會了解這是嚇阻司法人員違憲、違法搜索扣押的唯一所剩的有效方法，故有其應不能被放棄的理由⁶⁸⁴。

⁶⁸¹ 請參閱，同上，257-258 頁。

⁶⁸² 黃朝義，同註 18，58 頁。

⁶⁸³ 法治斌，同註 6，258 頁。

⁶⁸⁴ 美國憲法第四修正案既然禁止沒有相當理由的、沒有令狀的搜索扣押，則司法人員若加以違反，自應有法律制裁為後果才符合邏輯。但是後果不一定要是「證據排除」，而事實上一開始也不是想到「證據排除」。「證據排除」是在後來的歷史中人們發現「原來欲對違法搜索的警察科以刑事、民事、行政責任是完全無效的」，才想出來的辦法。如法治斌教授所言：「美國自 1921 年起即有法律明定聯邦執法人員未持搜索票，可構成輕罪（misdemeanor），惟迄今仍未有任何一

10.2.2 作為「司法正潔」象徵的「證據排除」

除了「嚇阻」之說之外，主張「證據排除」者尚立基於陳義更高的「司法正潔說」(judicial integrity) 說為理由、即以道德的完美無缺性本身為目的，故又稱為“the imperative of judicial integrity”，此詞最能表達其意旨⁶⁸⁵。其意旨正如法治斌教授精闢所言：「〔自由派當道時之〕最高法院認為司法機關為公平之表徵，不應與執法單位『同流合污』，而應以維護憲法為最高職志。...對於任何違反此一原則所取得之證據，法院均應...拒絕『收買贓物』。否則一方面要求人民必須守法，另一方面法院卻支持公務員之違法，...豈非自相矛盾？又人民如因此被判刑懲罰之，則心中不服自可想見，對其日後能以正確心態重返社會，實不無可疑...。故為謀『維持法律尊嚴，增進對司法運作之信心，以及避免司法程序之污染』，違法證據即不應為法院所用。換言之，必須維持法院『公正廉明』、『雙手純潔』之形象...」⁶⁸⁶。否則，國家「...自稱具有道德，但行事卻非道德，此種言行不一之對比，將促使人們蔑視法律。守法絕不應被視為如熱水龍頭一般，可任意開關」⁶⁸⁷。總之，司法是要實現正義、維護法律的，若自己卻拚命靠著骯髒、違法的手段拿到證據，然後說自己是正義的代表要以此證據懲罰「壞人」；則這自相矛盾的做法如何服眾？如何叫人尊敬司法？

10.2.3 「證據排除」的受限

雖然「證據排除」法則在 1961 年獲得確立、這正值「Warren 法庭」的全盛時期。但是，「...亦因其影響層面過於廣泛，造成學者間之見解相當的對立。加上犯罪率不斷增加之社會背景之下，限制排除法則適用之學說，反而逐漸地趨於主流」⁶⁸⁸。也就是說在保守派人士 Burger 入主最聯邦最高法院之後，在判例中逐

人依此而受罰」(同註 6, 267 頁)。檢察官平日辦案尚需警察多多幫忙，當然不想得罪警察(請參閱，法治斌，同註 6, 267 頁)。

為什麼違法的警方縱使透過陪審團的審判，總可以安然無事，因為被違法搜索者，往往皆非在社會上形象良好之士，而是一些前科累累、缺乏體面的人居多，故這些受害者很難贏得陪審團同情。

(請參閱，法治斌，同註 6, 238 及 268 頁)。社會大眾顯然仍將警察視為流血流汗努力追打惡人的人民褓母，不忍定其罪。

而 Posner 說出其所以抱持的理想是：「從經濟學的角度來看，侵權行為訴訟比證據排除更為可取，因為它允許對違法搜查的制裁以其所引起的侵犯隱私的實際社會成本成對等關係」(EAL, p. 750)。但是 Posner 的想法當然是不切實際的、難以嚇阻警察粗暴的搜索行動；而且脫不掉其「一切非物質的權利被侵害也都可以用金錢補償」的想法；然而 Posner 評定的價錢是非常武斷的，在污染案中，幾乎視若無睹，而在此卻又說侵權者要賠錢。

⁶⁸⁵ 法治斌，同註 6, 264 頁。

⁶⁸⁶ 同上，264 頁。

⁶⁸⁷ 同上，247 頁。

⁶⁸⁸ 黃朝義，同註 18, 57 頁。

漸開發出各種「例外」、不必排除違憲違法所取得的證據的原則，漸漸且成為主流趨勢，大大限縮了「證據排除」的意義。

「證據排除」事關重大，顯然難以避免在現實法益衡量的考慮下而被打折扣，而這在我國在引入「證據排除」法則時，亦顯露同樣的思維傾向而如此立法，而外國的情形亦同，即大多不贊成不衡量個案之中「司法人員犯法的情節輕重」與「嫌疑犯所犯的罪行之嚴重性」而一律排除⁶⁸⁹。足見法益衡量的思考在「證據排除」的問題上佔據樞紐的地位，也是在不能完美的世界中人類難以脫離的思考模式。

以美國的現況而言，聯邦最高法院已發展出若干構成要件作為「不適用證據排除」的「例外」，這其中並沒有一項提到抽象的「法益衡量」⁶⁹⁰；但這並不表示美國在考慮這個問題時沒有考慮到法益衡量的問題。筆者認為，我們毋寧應該將此理解為：美國聯邦最高法院正是考慮到法益權衡的問題、但又不想訴諸「司法人員犯法的情節輕重與嫌疑犯所犯的罪行之嚴重性相互比較」這種不明確的、任憑法官裁量的模糊標準，所以改用指定若干較具體的「例外」情境不適用「證據排除」，來達到實際上限縮「證據排除」法則的目的，以避免普遍的強制貫徹「證據排除」而造成追訴犯罪上效率的減損。

在不適用「證據排除」的法定例外情況中，最重要的是警察基於「善意」(good faith)而做的違憲違法的搜索扣押，意思就是說，「對於執法人員基於善意，確信其行為與現行法律符合，且此項自我之確信亦屬合理時，則所扣押之證據，縱於事後判決違法，仍不應適用排除法則」⁶⁹¹。例如警察拿了法官所簽發的搜索票前往搜索、深信自己的搜索行為是合法的，卻不知道此搜索票的簽發有違憲，而警察確實難以避免誤認此為合憲合法之搜索票。這個理由類似於德國刑法學「罪責」理論中的(不可避免的)「禁止錯誤」(Verbotsirrtum)，即行為人沒有不法意識，故可為阻卻「罪責」的事由，行為人自然沒有犯罪。

10.2.4 嚴格「證據排除」的必要性

對於為什麼司法人員依違憲、違法途徑得來的證據應予排除，「司法正潔」說其實已給予有力的理由。若有人辯稱：在這不完美的世界中，司法人員面對某些緊急情況不得不用違法手段才能夠制止罪犯傷害社會的行為、保住更大的法益...云云。則這等於是說，目前的法律規範規定的不夠周詳，即沒有考慮到在緊急情況下亦能讓司法人員能有合法打擊罪犯追訴犯罪的依據。

⁶⁸⁹ 有關對我國及各國主張採用個案中權衡法益而後由法官裁量是否應予排除之原則之描述與評論，請參閱：法治斌，同註 6, 236-237 頁；林鈺雄，同註 4, 504 及 511 頁；王兆鵬 78 及 88-91 頁。而我國新近的修法已在刑事訴訟法第 158 條之 4 中規定「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護」。筆者稍後將評論此乃極為不當的立法。

⁶⁹⁰ 這些被判定為不適用「證據排除」的四種「例外」情境，請參閱黃朝義，同註 18, 60-63 頁。

⁶⁹¹ 法治斌，同註 6, 250 頁。並請參閱黃朝義，同註 18, 63-64 頁。

但是這種說法讓筆者懷疑。人類追訴犯罪已有數千年經驗，**還能有什麼緊急情況沒有被經驗過、法律沒有考慮過**？若如美國憲法第四修正案所說的，有「合理的」情況才能夠對人民進行搜索扣押，則還有什麼合理的緊急情況沒被法律考慮設想過？也就是說，「法益衡量」是現行法早已衡量完備了，所以還有什麼情境需要爲了「法益衡量」而去違法搜索扣押的？以我國的刑事訴訟法爲例，對於現行犯、準現行犯的逮捕（88 條），以及 88 條之 1 針對情況急迫下所列舉的四款適用「逕行拘提」（緊急拘捕）的嫌疑犯⁶⁹²，131 條之規定何種情況下檢察官及司法警察得在無令狀下逕行搜索、只需事後陳報由院審查⁶⁹³。凡這些法律已幾乎將一切緊急情況設想周到矣，真不知司法人員還有什麼違法才能夠追訴犯罪的必要？筆者認爲，唯一法律還有待再更進一步釐清劃定合法性的分際的、也是的確在追訴犯罪（保全犯人及證據）與保護人權間最爲棘手、可再探索的一種情況，應只有例如在一交通工具或建築物內，發生**嚴重的犯罪**，而其內人數又眾多，則在現場警察究竟能不能將眾人全部逮捕？例如在地下鐵某一車箱中有恐怖分子引爆炸彈，造成數人死亡、十多人輕重傷，罪犯在爆炸前走到別的車廂，但車未靠站，故確定罪犯還在列車上，而車上和車箱乘客共計有一百人，司機在停靠下一站前已通知警察待命，則警察可以將一百人都逮捕帶回警察局嗎⁶⁹⁴？這個問題有待法律就做出更進一步的清晰指示，但最好避免僅僅使用「法益衡量」之類的模糊性文字，應是對人數、犯罪型態及結果，警察的處置方式皆有清楚的指示；例如，規定除非是被受害人指認、或身體衣服露出犯罪痕跡者始可逮捕。對於車上其他人則不能逮捕及搜身（附帶搜索），只能當場出示身分證件以供警方記錄即可、對於未能現場確認身分者，或許可以依其意願在現場等其親友送來證件，或自由選擇讓警方拍照留指紋或前往警察局...等等，力求對人權的妨害降到最低（若發生的只是輕罪則又完全不同、沒什麼可再討論的，就是直接讓人走）。

而對於一般不發生犯人及證據保全急迫性的案件、即使是嚴重的犯罪，都應該以科學辦案的方式偵查；國家擁有龐大的人力、科學的設備，都可依合法程序投入犯罪的偵查，實想不出有何故意違法的必要。

故司法人員在追訴犯罪時會故意違法，實出於公權力擁有者傲慢、偷懶（便宜行事）的心態，心想：「我代表司法公權力在追訴壞人，還需要受什麼限制」！

⁶⁹² 對於 88 條之 1，法律賦予「逕行拘提」之名，黃東熊教授認爲還不如稱爲「逮捕」爲恰當，蓋因拘提乃要式行爲，而 88 條之 1 在情況急迫下賦予司法人員的是行使不要式行爲萬的權利（請參閱，黃東熊，刑事訴訟法論，同註 5, 177-178 頁）。但黃教授亦了解法律之所以仍稱此爲「拘提」，乃因事後仍需補聲請拘票的緣故，因此立法者顯然仍將其定位爲要式行爲。

⁶⁹³ 我國刑事訴訟法第 131 條第 1 項之三款及第 2 項之內容是：

有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：

- 一、因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者。
- 二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。
- 三、有明顯事實足信爲有人在內犯罪而情形急迫者。

檢察官於偵查中確有相當理由認爲情況急迫，非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長。

⁶⁹⁴ 請參閱 王兆鵬，同註 5, 10-22 頁。

事實上，根據實證研究，在美國，當警察向法官聲請搜索票時，所需時間平均只有兩分四十八秒，法官幾乎沒有不簽發的，這意謂著對於憲法第四修正案規定的必須要有「適當（極可能）的理由」（probable cause）才能簽發搜索票，其實是警察代法官而為判斷⁶⁹⁵。不過這並不能說，既然如此，乾脆不必向法官聲請搜索票算了。因為警察之聲請之所以獲准之比率如此之高，乃正是因為有此聲請程序，即「需要讓另外一個人來檢視控制」、「須要去說服另外一個人」，故對警察心理產生約束、壓力，使其一定能提出正當搜索理由的，才敢去向法官聲請；所以獲准率也就高。據研究顯示，警察為了向法官聲請令狀，需一天時間的文書作業⁶⁹⁶。如王兆鵬教授說得切中：「真正的『事先審查者』並不是法官，而是『聲請程序』本身。因為聲請程序的費時費力，趨使警察非有必要，不會聲請令狀...」⁶⁹⁷。人自己手上有權力決定、不需他人控管，就會為所欲為、隨便使用、亂逞威風、濫搜濫押；一旦必須經由他人控管，就會變得謹慎，因為誰都不想在理由不充分的情況下向法官聲請而碰釘子、自己惹得一身晦氣、臉面無光、影響心情。我國過去檢察官擁有搜索權及羈押權時，及 1988 年起兩權歸於法官之後，搜索與羈押大減（但民眾卻也不覺得治安有變差），就是一例⁶⁹⁸；足見不受約束的權利是可怕的，司法人員違法搜索扣押，往往不是情況的緊急而迫使其不得不侵犯人權，而是偷懶及傲慢的心態所致。故豈能輕易放棄「證據排除」（唯一有效的嚇阻方法）而為其大開方便之門乎？

另外，司法人員的違法而有可能導至證據排除之結果，有些是源於過失，例如逮捕時對於告知義務的遺忘或缺漏，另外一種可能性是前面所述的警察的違法逮捕是基於“good faith”。對於司法人員基於“good faith”的違法行為，筆者同意可以作為唯一證據不排除的情形，但是筆者認為必須是全部司法人員的錯誤都基於“good faith”，即如果警察所持的搜索票是法官以不合法的方式所簽的⁶⁹⁹，則必須法官的違法也是基於“good faith”，即整個「環鍊」（link）上的司法人員皆無「可責性」（Vorwerfbarkeit），才能夠不適用證據排除。至於因為過失對於告知義務的遺忘或缺漏，絕不應該視同「小事」（因為這會影響偵訊的結果，而被告的命運往往不是在審判階段、而是在最初的偵查階段被決定的）。何況司法人員是專業的、一天到晚在追訴犯罪的，豈有對影響他人一生命運、且又是自己應盡的義務漫不經心而致遺忘、缺漏之理。在美國聯邦最高法院轉為保守之後，固然陳義頗高的「司法正潔」一說被法院壓制、而僅強調「證據排除」是為「嚇阻」警察侵犯人權⁷⁰⁰；筆者認為，縱然只願提「嚇阻」的功能，也已正應據此「嚇阻說」而不許警察出於過失的違法而仍讓其證據可被使用；否則什麼嚇

⁶⁹⁵ 請參閱 同上，48 頁。

⁶⁹⁶ 請參閱 同上，54 頁。

⁶⁹⁷ 同上，54 頁。

⁶⁹⁸ 有關我國在檢察官擁有羈押權時，偵查階段被押人數年年增加；待 1988 年開始要羈押必須向法官聲請，被押人數驟降到只剩三分之一；足見人只要有權就會濫用。對此統計數據，請參閱同上，65 頁。

⁶⁹⁹ 有關法官簽發搜索票不符法律規定，請參閱黃朝義，同註 18, 63 頁。

⁷⁰⁰ 法治斌，同註 6, 265-266 頁。

阻都沒有了⁷⁰¹，到底聯邦最高法院還持什麼說⁷⁰²？

追訴犯罪，應本於國家的正義性格、合法手段，使用高科技的方法及依靠司法人員的專業智慧。而如前所述，在法律及資源都為司法人員都已經預備得幾近完備的情況下，實無違法辦案之理。動輒以追訴犯罪之效率為理由而要求執法者自己有違法的權利以至於漠視對人權的傷害，而後竟然視嚇阻違法最有效的「證據排除」為眼中釘、欲除之而後快，這是司法政策上的錯誤。事實上據實證研究，施行「證據排除」對追訴犯罪並沒有造成負面影響、讓更多罪犯逍遙法外⁷⁰³；而又依前述，人是一種有權力而欠缺管控就會偷懶怠惰的動物來看，「證據排除」可激勵司法人員科學辦案，對提昇國家法律形象將大有幫助。

10.2.5 「法益衡量」在「證據排除」中的正確定位

最後，再論到以「法益衡量」，仍有幾個問題須被澄清。凡本文之前提到，例如幾種緊急情況下法律賦予人民或司法人員「不要式」的逮捕權利，已皆是一種「追訴犯罪保護社會利益」與「人權保障」之間法益權衡的結果。據此，可問：第一，這是不是一種法律經濟分析的思想？第二，「法益衡量」的抽象原則是否應作為法定檢驗證據是否應該排除的標準。

以第一個問題而言，筆者的意見是：法律的如此規定乃漫長歷史上早已有的設置，乃人類依一般「合理性」的判斷即可想到的，並非法律經濟分析學派出現後才有；就算不能以時間先後來判定是否有經濟效率的考量，則「法益衡量」思想所理解的「利益」實含意甚豐，非一定指經濟利益，如孟子梁惠王上篇第一章引出對「利」的語義之爭即是一例，即「仁義之利」不是孟子所欲言之利嗎。固不能說對於自古以來在緊急情況下法律賦予「不要式」的逮捕權力所衡量的「法益」是一定指經濟方面的效率之意，亦可能有時和經濟之利益完全無關。故「法益衡量」不等於經濟效率分析。

就第二問題而言，筆者的意見是：若是將「法益衡量」這樣抽象、不確定的概念直接定為法律，去作為考量是否違法取得的證據應予排除的準則，則此乃最不適切之舉，因為這將是「『無形無貌』，衡量結果事先難以逆料，因此具有高度之不確定性及不安定性。由於欠缺公認的權衡規則，被告及其辯護人無法擬定防禦方向，因此權衡理論，對被告極為不利」⁷⁰⁴。所以，如前所述，當美國聯邦最

⁷⁰¹ 王兆鵬教授口頭曾講述，鑑於對警察違法的各項制裁效果不彰，專家進行研究的結果得知，土地狹小的國家經由議會及輿論的施壓，尚能將警察推向制裁。但在像美國這樣的土地廣大的國家，則無能為力，故證據排除乃唯一有效嚇阻的方法。

⁷⁰² 若以目前聯邦最高法院容許的幾種「例外」情況來看，除了“good faith”之外，連警方故意的違法都可以不需要證據排除了，則真不知道聯邦最高法院究竟是持什麼說？

⁷⁰³ 實證研究結果請參閱法治斌，同註 6, 272 頁；王兆鵬，同註 5, 83 頁。

⁷⁰⁴ 林鈺雄，同註 4, 511 頁。吾人可以問，相對於「法益衡量」的不明確性，若是採用「經濟效率」（財富量）來作為衡量的依據，是否可以克服此一困難。筆者認為，更加不能、更加困難。因為，第一，如本書之前多次以實例指出，「經濟實證分析」的客觀性被 Posner 等自詡為服膺「科學」實證主義者誇大，實際上「經濟實證分析」往往陷入不可窮盡的資訊及結果之網絡中，無法

高法院的立場轉為較保守、而想限縮「證據排除」法則的適用時，亦不敢明目張膽提出「法益衡量」這樣的抽象法則，而是歸納出幾種執法人員違法的具體構成要件作為不適用「證據排除」的「例外」情況⁷⁰⁵。如果真要用「法益衡量」，也應是**事先**衡量，盡量清楚列出成為法律規定的構成要件，例如哪幾種緊急情況下法律賦予人民或司法人員「不要式」的逮捕權利...等等。並不是採用沒有具體規定，只列出「法益衡量」一句抽象的話的立法方式，事後才由法官極度自由地對警察先前也是基於「法益衡量」所做出的違法行為所取得的證據是否被應排除之最後判斷。所以即使在不完美的世界中「法益衡量」不可避免，但處理方式的不同，就人權保障上則產生重大不同意義。

而且，如果僅規定「以法益衡量作為裁量違法所得之證據是否應予排除」一句話，則這種規定的意義不明！通常，這被理解為「警察違法侵犯某人的人權，但卻得到重大案件的證據」；但是這意謂著至少警察是「一次就找對了人」、「一槍就命中了目標」。但如果是例如面對一件人神共憤的重大刑案，警方受到上級及輿論極大壓力，則警方對三十個犯有此種罪行的前科者同時發動違法搜索（因為警方知道其這種企圖「亂槍打鳥」的策略不會得到法官的同意、得不到搜索票），結果真的其中一組人馬命中真正的罪犯，警方成了大英雄，至於犯下三十件的違法搜索行為，警方事先早已料定，「理論上」應有刑事、民事、行政責任，但只要破案，「事實上」什麼大不了的制裁都不會發生。如果依「法益衡量」，也有很可能證據不會被排除（尤其是若有一個判例是如此），則「法益衡量」無異鼓勵警察「亂衝亂搜」、「可以錯殺一百、只要同時也能命中真正罪犯一人即可」！則還能談什麼人權立國。

由以上論述可知，基本人權保障給予人性尊嚴特別高的價值，連法益衡量都要小心使用，而更難以與人性尊嚴異質的財富數量作為論述的標準。

10.3 「緘默權」與「不自證己罪原則」

10.3.1 「緘默權」的傳播與不同法系的情形

相對於「證據排除」是美國本土法律文化自創的產物，「緘默權」則源於英國法。擁有成文憲法美國在其第五修正案中明文規定：「在任何刑事案件之中，

自拔，而且推論中還得混入倫理價值評價性的尺度，其涉及社會科學推論的主觀性，讀者由筆者《由英美與歐陸思維文化之根本差異反省我國刑事訴訟採用美國司法「交互詰問」制度之爭議》一文中對社會科學推論的主觀性的論述可得知梗概。第二，「財富」與「人性尊嚴」難以兩相比較高低。

⁷⁰⁵ 對這些例外情況，筆者主張只有所有涉及此案的執法人員皆出於“good faith”，才是唯一可以不排除證據的情況，因為這種情況，不論由「司法正潔說」或「嚇阻說」來看，都允許證據不需被排除。其它情況都是執法人員先有違法（且有可責性）的行為，豈可為了眼前辦案的方便更饗以「證據毋需排除」的厚禮而縱容之。

不得逼迫任何人自己證明其是有罪的」，即由此權推演出「不自證己罪」的原則。在國際法文件上，1966年12月9日的「公民及政治權利公約」第十四條第三項第七款亦規定：「〔被告〕不被強迫做不利於他自己的證言或強迫承認犯罪」⁷⁰⁶。二次大戰後日本深受美國影響，亦在其重新修改之憲法第三十八條第一項明訂：「任何人不得被強制對自己為不利之供述」⁷⁰⁷。

在不同法系的刑事訴訟制度下，緘默權的行使有不同的方式。以原本實行歐陸法系「職權進行主義」（糾問制度）的我國為例，被告乃被法官訊問的客體，故緘默權在於對法官提出的問題可以不予回答，包括可以自始至終都不發一語、對法官的問話完全不予理睬，亦可以選擇性回答、即對有的問題想答就答、對有的問題不想答就不答，相當自由（不過通常這難免會引起法官內心之不悅）。但在英美法當事人進行主義的交互詰問制度下，被告並不被法官訊問，而且被告也並非詰問的主體（提問者）、而是其辯護人才是⁷⁰⁸，故在審判中若要聽到被告開口說話，除非是被告自己願意放棄緘默權、宣誓走上證人席、以證人身份被詰問而陳述（即在英美法中，被告有「證人適格」）。被告要不要放棄緘默權而以證人身份上台，完全是被告的自由，檢察官無權要求被告上台接受其詰問。但是，一旦被告經慎重考慮而自行決定（通常是與其辯護人商議過後，認為上台陳述對辯明自己的清白是有利的）宣誓坐上證人席接受詰問，就有據實完整回答的義務⁷⁰⁹，不可無端拒答，也不可選擇性地忽答忽不答、弄得事實支離破碎。

10.3.2 對「緘默權」之合理性的激烈爭辯

法律若僅僅賦予被告緘默權，而未有相關配套的規定，則被告果真行使緘默權，未必對自己有利，因為被告不願意講話，通常讓法官或陪審團自然形成負面心證，認為「要是真的沒犯罪為什麼不敢講話呢？一定有做壞事、心裡有鬼、怕被問要回答之後語無倫次、自相矛盾、露出馬腳」；所以對被告而言，未必「沈默是金」。因此，賦予緘默權的法律其要點就是必須再規定，裁判者不可以根據被告之緘默而推斷被告有犯罪，即「緘默」本身不得作為證據，如我國刑事訴訟法第156條第4項規定：「被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行」。在美國法中亦然。惟人類會以被告的緘默推斷被告有罪，乃人性非常自然的傾向，故就算法律禁止以此為推斷的根據、禁止檢察官對被告的緘默做評論、並要求法官須提示陪審團不可根據被告的緘默推斷被告有罪...等等，但是裁判者內心還是不免對被告不信任的印象⁷¹⁰。由此，「緘默」應

⁷⁰⁶ 引自 丘宏達編輯，現代國際法基本文件 五版，台北 1994，299 頁。

⁷⁰⁷ 引自 朱朝亮，緘默權之研究，在：刑事證據法則之發展—黃東熊教授七秩祝壽論文集，台北 2003，293-362 頁；296 頁。

⁷⁰⁸ 我國採用英美法交互詰問制度後，被告則可為提問者，其部分原因可能是考慮到被告不一定有辯護人；此與英美法不同。

⁷⁰⁹ 請參閱 朱朝亮，同註 47，341-342 頁。

⁷¹⁰ 請參閱 王兆鵬，同註 5，269-271 頁。對於實施歐陸法系的我國規定「緘默」無證據能力之問

不應該有證據能力，在學者之間產生了激辯；而歷史上的法學大哲，亦有許多反對「緘默權」、即反對禁止以緘默當作推斷被告有罪的證據。其中說得最一針見血的是英儒 Bentham，他說：「無罪之人主張陳述之權，有罪之人行使緘默之權（“Innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence”）」⁷¹¹。法律社會學大師 Roscoe Pound 亦認為緘默權沒有存在的理由，

「緘默權對『無罪被告』沒有效用，徒供『常習犯罪被告』之辯護人所惡用」⁷¹²。

如果說，無辜者根本不需要緘默、而是巴不得有越多越好的講話機會為自己辯白，而真的有作姦犯科者才想避免被問，則為什麼要有緘默權來保護壞人呢？在美國的制度下，假設一旦沒有緘默權，則被告又有當證人的資格，便必須坐上證人席、宣誓有據實回答、完整回答的義務。如此一來，（真有犯罪的）被告將面臨所謂「三難」的處境：「若說實話，成為自我控訴；若說謊話，成為偽證；若保持緘默，緘默成為不利證據」⁷¹³。這對（真有犯罪的）被告的確是一個難以面對的困境、也是依人性而言，其必定想到逃避的。但是問題就在於：「法律為什麼要去體恤壞人的『難』呢？」「是他們自己要選擇做壞事的，早知如此、何必當初，有什麼好同情的」，「法律怎麼會去體恤壞人？幫壞人不要露出罪狀呢？」「沒有緘默權對真正無辜者一點也不『難』，反正講實話就好了」！

而緘默權（包括不能以其緘默推斷其有犯罪）給予真有犯罪的人大好的機會，好像讓壞人心裏可以對代表國家的檢察官說：「我就是不上台，你也問不到我；我什麼都不講，你也就不能從我講話的破綻中去進一步尋找到證據，有本事你自己去找出證據，要是你找不到，我就賺到了，哈哈」！

基於上述理由，不僅是 Bentham 與 Pound 這些法學大師反對緘默權，各國法制中亦有反對緘默權，有的是根本不允許緘默、有的是可以緘默但是其緘默可以被作為（有罪的）證據。「如奧地利刑事訴訟法第 199 條第 1 項亦規定：法院於訊問之前，應警告被告有真實供述之道德義務。德國也以被告既為偵訊之對象，自無緘默權存在，也不認有告知義務，似乎連在道德上都難以接受被告有緘默權。更以緘默權乃道德上之惡為前提，在量刑時採為評價因素...」⁷¹⁴。中華人民共和國刑事訴訟法「秉於『實事求是』的思想，被指控的人無緘默權，對執法人員的訊問應當如實回答」⁷¹⁵。緘默權的發源地英國由 1995 年三月一日起亦完全推翻「緘默不得為證據」的舊法⁷¹⁶。

如果「緘默權」引發上述的疑慮與反對，且亦是合乎理性的疑慮，則若是要讓「緘默權」存在，還有什麼理由？其有什麼價值？

題，林鈺雄教授的見解是，只有被告選擇「自始至終緘默」，其緘默才無證據能力；他說：「...若被告自始至終保持緘默，不應據此推斷犯罪事實。...但若選擇性陳述，情形則有所不同，...法院依照被告整體的行為，亦即時而回答時而緘默，以及被告已經已經陳述的部分，綜合評價判斷，並不違反緘默權利之保障」（同註 4，146 頁）。

⁷¹¹ 王兆鵬，同註 5，271-272 頁。

⁷¹² 朱朝亮，同註 47，314 頁。

⁷¹³ 王兆鵬，同註 5，275 頁。

⁷¹⁴ 朱朝亮，同註 47，312-313 頁。

⁷¹⁵ 王兆鵬，同註 5，402 頁。

⁷¹⁶ 請參閱 同上，269 頁。

10.3.3 「緘默權」的真正意義

筆者認為「緘默權」之所以仍在美國存在，是因為其從另一個角度去考量緘默權的功能，即「澈底保護無辜者」的立場，而不必一定要從「體恤真有犯罪之壞人」、「給真有作姦犯科者大開方便之門」的角度來觀照詮釋（即問題只看事情所偏重的角度）。只是，這種制度在為了保護無辜之設想下，的確也同時會讓作姦犯科者有機可乘，這是事實。但是仍願意採用緘默權的法制，乃認為縱使真有作姦犯科者不想講話，司法亦有能力自行找出其罪證。

以下，筆者分「偵查階段」與「審判階段」來闡釋之：

10.3.3.1 偵查階段「緘默權」的保護功能

嫌疑犯被抓到警察局，都是驚魂未定的，此種情境下訊問被告，就人權保障的觀點已不無疑問，故亦曾有人提議，「任何被警察逮捕之人所為的自白，不得為證據」⁷¹⁷。又加上在偵查階段，嫌疑犯遭受到警察的恐嚇威脅、利誘欺騙、刑求拷打乃是司空見慣的事（甚至更古老的時代，在審判中亦有刑求、而且也未必有「偵查」與「審判」的階段劃分）。故緘默權及律師在場權乃針對偵查階段的最佳救濟方式、特別是在警訊的階段，例如著名的“Miranda Warning”之設計即為一例⁷¹⁸。而「因此若被告保持緘默，檢察官不得在審判中以此為證據」⁷¹⁹。即不僅在審判階段的緘默不能被當作負面的判斷，就是在偵查階段的緘默亦然。

緘默權在警察偵訊階段作為避免嫌疑犯被威脅或刑求，特別具有意義，因為此權發源於英國時，當時在審判中仍有刑求拷打（現在只存於警察偵訊階段），而被告經宣誓後有據實回答的義務，不真實供述則可以加以拷打⁷²⁰。則這裡顯然對無辜的被告產生一個邏輯問題，非常值得玩味：因為**假設沒有緘默權**，當警察問到一個真正無辜的嫌疑犯時（但警方卻因誤判或偏見而認定其有犯案），問他：

⁷¹⁷ 同上，246-247 頁。

⁷¹⁸ “Miranda Warning”之全文為：1. You have a right to silence. 2. Anything you say may be used against you. 3. You have the right to have an attorney present. 4. You have the right to court-appointed counsel, if you are indigent. 引自王兆鵬，同註 5，246 頁。我國刑事訴訟法第 95 條的前三款內容，明顯受到“Miranda Warning”影響，只差沒有替嫌疑犯出錢聘請律師，而是要嫌疑犯自己出資，故可預見有大部分的人是請不起律師的。而為了彌補可能沒有律師在場而嫌疑犯遭警方威脅刑求，第 100 條之 1 第 1 項規定應對訊問全程錄音、必要時甚至應全程錄影。而警方的訊問亦於 100 條之 2 規定準用前條。

95 條前三款內容為：「訊問被告應先告知左列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人」。如今，不論在警察局、調查局、檢察署、法院審判，一開始都必須告知被告該條文內容。

⁷¹⁹ 同上，280 頁。王兆鵬教授又指出：「雖然，Miranda 權利告知時，未明白宣示緘默不得為證據，但當告知緘默權時，已向人民『暗示』，緘默權不會帶來任何不利或處罰」（281 頁）。

⁷²⁰ 請參閱 朱朝亮，同註 47，307 頁。

「你殺人的兇刀藏在何處」，該嫌疑犯回答「沒殺人，不知道」！就再也不講了。則此時嫌疑犯已經「據實回答」了，但警察卻一口咬定嫌疑犯沒有回答，必須繼續講下去（因為沒有緘默權），則此事實上是無辜的嫌疑犯真不知如何是好（因為問題出在「據實回答」沒有終極的判斷者，上帝又不曾及時跳出來揭露真相）；在這種情況下固然現代的法律不會規定警察就因此有權力拷打嫌疑犯，但認定嫌疑犯沒有據實回答的警察必然會再咄咄逼人的問下去，甚至使出各種欺騙、威脅、疲勞訊問...的技倆（甚至還是會動手打人），就是要嫌疑犯說出「實話」；這將弄得被告困擾不已，沒有出路。所以「緘默權」（包括警方偵查階段的緘默不可以作為證據）是解決此一問題的最適方法之一（另一個即律師在場權）。由此可知，「不自證己罪」不必只能由「為什麼法律要體恤壞人的難處？為什麼要增加國家打擊壞人的困難度」來被理解；而是應從「澈底保護無辜者」來被理解。雖然這樣做的確會同時讓壞人也有機可乘，但是國家更重視不可陷任何一個無辜者入罪，而且國家掌握龐大人力及科學設備，自有信心憑藉己力亦可讓行使緘默權的真正罪犯之證據最終無所遁形；故國家認為賦予嫌疑犯緘默權是「利大於弊」的。

10.3.3.2 審判階段「緘默權」的保護功能

至於在「審判階段」賦予被告緘默權、禁止以被告之緘默作為證據，則是認為縱使被告是無辜的，亦有可能（在職權進行主義中）不擅長回答法官的問題，或是透過法官的中介，其實被告仍間接和檢察官有所交鋒，而抵擋不了檢察官的攻勢；或（在英美法當事人進行主義中），口才笨拙，抵擋不了專業法律人的檢察官之犀利詰問；結果讓無辜的被告，因拙於言詞或踏入對手的圈套中而遭致不利（尤其被告以前若有前科、名聲不佳，但這次他真的沒做）。

這也就是說，先前提到許多人認為「沒有做壞事的人就一定願意講話」，其實不是完全適用於一切情況的！無辜的人不想講話，有其五花八門的理由，未必沒有道理，不可以說「不想講話的一定是壞人」。所以，「...緘默的原因極繁，...無人知道某人保持緘默的原因為何，...因此，以緘默作為對被告不利的推論，為非常不理性之事」⁷²¹。

10.3.4 人性尊嚴價值超越經濟效率的考量

對於美國法律的「不自證己罪」原則及以此企圖阻止刑求，Posner 仍試著看看能否用經濟效率的觀點來給予理由；他的解說是：如果沒有這樣的法律規定，則就會造成司法人員暴行的增加，則第一，無罪的人會被屈打成招，第二，嫌疑犯受到更大的折磨痛苦，第三，使用暴行的司法人員也付出較大的「成本」，而

⁷²¹ 王兆鵬，同註 5, 273 頁。

Posner 在此還加上一句說「除非這些司法人員是虐待狂」，可見在此的「成本」是指司法人員拷打別人自己也感到痛苦⁷²²。

但是這三個理由，又再一次反映 Posner 解釋的牽強、隨興恣意、不嚴謹，好像想到什麼就隨便寫出來，一如 Posner 在倫理學論辯上的一貫「業餘」風格。第一個理由涉及對人性尊嚴本身的價值，究竟是否和經濟效率有關，必須有一番論據，而 Posner 什麼時候也關心起純粹的人道價值？其如何在經濟效率上被賦予價值？沒有說明。第二及第三個理由則是關乎「效用」（快樂）的層面，應該是功利主義者才關心的，而這個「效用」與經濟效率、財富最大化也沒有必然正比的關係，Posner 什麼時候也關心起純粹的快樂與痛苦感覺了？又就算第三個理由的「成本」是指金錢，也不成立，因為拷打犯人雖然要花費一點購買刑具的費用，但是金錢及時間（時間就是金錢）的花費絕對比「科學人道辦案」節省。

由此看來，經濟分析無法給「不自證己罪」的法律規定一個理由；一如 Posner 在本段（§28.3）一開頭及最後分別說的：「對不自證己罪條款要提供一個經濟學的解釋並不容易」⁷²³。「對審訊的限制似乎所考量的不僅是成本問題。所以法律經濟學的教義並不完全符應於此問題」⁷²⁴。

而我們的重點只在於由此證明兩點，即經濟效率分析的觀點究竟是否如 Posner 所說的無遠弗屆地適用到一切法律領域，及 Posner 論述一貫的不嚴謹性、非專業性。

10.4 平等權與「歧視」的經濟學

10.4.1 平等權的終極性與無上意義

在所有基本人權中，平等權最為重要，沒有平等即無尊嚴與自由可言、亦難推論出為什麼其它權利應受到普遍的保護。故在各國憲法的基本人權目錄中，平等權總居於首位。

賦予人們平等權，係出於對「人性尊嚴」本身的尊重，是發自一種最「人格」應加以尊敬的終極信念，如此而已，而非基於利害的考量。如 Dworkin 自己也承認，「平等」的理念為一個「設準」（postulate）⁷²⁵。他說：「我認為這個〔平等〕原則是太基本了，以致於無法允許有任何通常形式的辯護」⁷²⁶。

筆者亦認為平等是一個終極的價值信念，願意視他人為平等者，乃純粹出於「對他人的尊嚴不忍傷害的悲憫同情之心的發動」而已，無法再找到更背後的理

⁷²² EAL, p. 751.

⁷²³ 同上。

⁷²⁴ 同上 p. 752.

⁷²⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge(Massachusetts) 1978, p. 273。

⁷²⁶ Dworkin, *In Defense of Equality*, in: *Social Philosophy and Policy*, Vol. I (1983), p. 24-40; p. 31.

由。賦予平等權，以及相隨的禁止歧視以刺傷他人尊嚴的規定，用孟子的話說，純是基於「不忍人之心」；而用 Kant 的話來說是因為「人，或說是每一個有理性的存有者，是以自身作為目的之方式存在，而不是僅為了這個人或那個人的意欲之任意使用而作為其工具存在。而是，人必須在一切其不論指涉到其自身或其他有理性者的行動中，永遠同時被當作目的來看待」⁷²⁷。因此人的行為臣服於以實現這樣一個目的之道德法則之下，即「你應該這樣行，即你將人類，不論是你自己或其它一切的人，永遠都同時當成目的、而絕不當成工具來使用」⁷²⁸。

這樣的理由「能否」或「如何」形成一個倫理學上的奠基？這正是筆者在「導論」中所預告的要留在本書第十一章去做建構的題目。而在此章中我們要先審視的是：經濟學又可以為平等（反歧視）提供什麼奠基？或者說，經濟學能在「規範性」的層次上賦予應該贊成（或反對）歧視的理由嗎？因為法律經濟分析學派一直宣揚經濟學「帝國式」的擴張適用威力、無遠弗屆、亦可伸展到甚至非市場性的法律領域⁷²⁹；那麼藉著基本人權中最根本的平等權來檢視經濟學在這議題中的功能作用，是最足夠具有代表性、最能探查出究竟經濟學能告訴我們什麼，它究竟真的那麼有威力、而有資格在一切學問領域中指手畫腳、發號施令嗎？

10.4.2 歧視的經濟學

10.4.2.1 歧視的純粹實證性研究

1992 年諾貝爾經濟學獎得主 Gary S. Becker 於 1957 年出版他 1955 年寫成的博士論文《歧視經濟學》，探討「歧視」這種行為會引發的市場效果。一言以蔽之，這本書可以說是在探討「歧視的代價」或「歧視對所得的效果」（而個人所得的效果之總量當然就是社會財富的最終結果）。

Becker 分析了不同身分的人（例如作為僱主或受僱者、屬於多數族群或少數族群）處在不同的市場型態下（例如競爭或壟斷型的市場下的產業）其採取歧視或被別人歧視（願意、或拒絕、或被拒絕與他人交易）對雙方造成的所得效果。例如，研究指出，佔大部分人口且經濟力量強大的白人族群若是拒絕與人口比例甚低的貧窮黑人族群（在 Becker 出版該書時，黑人只佔美國人口十分之一）交往，則因貿易量的減少有限，白人財富的減損也很有限；但黑人若自動與白人隔離，則黑人財富的降低會較巨大。而在南非，由於白人的人口只有黑人的四分之一，因此雙方若不交易則會導至雙方財富都會大幅減少⁷³⁰。又美國的有色人種族群如果打算完全隔離自己來避免受到白人的歧視，將有經濟上很大的不利後果，

⁷²⁷ Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, BA. 64.

⁷²⁸ 同上 BA. 66-67.

⁷²⁹ 請參閱 吳惠林序 Gary S. Becker, *歧視經濟學*（*The Economics of Discrimination*）二版 藍科正譯，台北 1996.

⁷³⁰ Becker，同註 69，二版序 6 頁。

則反而會在變得更窮之後遭更大的看輕；他舉黑人與印地安人為例，前者是與白人交易的群體，而印地安人則比黑人更少接觸白人，則黑人的所得遠高於印地安人⁷³¹。

又一例子是假設「黑人社會」(N)與「白人社會」(W)都分別擁有兩項生產要素，即「勞動(力)」與「資本」，假設這兩個社會互相不進行產品(成品)的貿易，只進行生產要素的貿易，則原本在完全競爭市場市場下經由市場機制的調整，發現 N 出口若干勞動與 W 出口若干資本兩者相結合，這樣的資源配置有效率。但是「若 W 的成員發展出一種欲望，欲歧視 N 所擁有的勞動和資本，他們變成願意放棄一些貨幣所得，俾避免與 N 一起工作。此歧視品味降低了 W 的資本若與 N 的勞動結合所能獲得的淨報酬，且導至 W 資本出口量的減少。由於如此將降低 N 的勞動若與 W 的資本結合所能賺到的所得，故出口的勞動量亦減少。因此，新均衡之下，N 和 W 分別出口的勞動和資本量都較少。這樣資源配置的改變，可證明會降低均衡的 N 和 W 之淨所得。緣於 W 對 N 的歧視會傷害 N，也會傷害 W」⁷³²。在此例中，儘管因為白人對黑人的歧視而導至兩個社會分別都減少財富（故當然兩個社會財富總額也減少），但是並不是社會中所有成員都是受害者，例如因著這個歧視，傷害了白人社會的資本家（因為他得不到黑人較廉價的勞動力），但白人勞工卻是受益者⁷³³。

Becker 的這種分析研究的工作，可以釐清真相，打破過去一些由缺乏根據的直覺所形成的誤解，例如他提到長年來竟然有一個莫名其妙的流行誤解，即認為強勢族群的資本家會是歧視的受益者⁷³⁴。而 Becker 這種研究工作所能提供給人的，無非是讓人了解真相並正確判斷：「在你是處於某種情境下（市場型態、族群、身分）如果你採取歧視（隔離、拒絕貿易），將會導至何種經濟上的結果（財富所得上的得失）」。

Becker 這種學說對於「基於對人性尊嚴的尊重本身的平等權」能夠給予任何促進或奠基的作用嗎？答案是：「完全沒有」、「毫不相干」。

因為非常明顯，這種學說只能幫助那些僅僅因為認為他人傷害了自己的經濟利益而厭惡之的人，去弄清楚自己有沒有「恨對人」。即，如果研究的成果發現你歧視他僅是因為你以為他讓你的財富縮水，但如今證明事實正好相反，則你要轉變為不歧視他；反之，如果你也僅因為他能促進你的財富而喜歡他，但如今證明事實正好相反，則你也不必再喜歡他了。但是它無法討論為什麼我們不管別人帶給我們經濟上是利是弊的效果，我們仍只因為他是「人」，就對她（他）一視同仁。

在深入闡述這個要點之前，我們有必要先觸及對「歧視」意義的討論。「歧視」的意義是曖昧不明、有爭議的，Becker 自己在書中也反省到。因為許多社會

⁷³¹ 請參閱 同上，14 頁。

⁷³² 同上，11 頁。

⁷³³ 請參閱 同上 12 頁。

⁷³⁴ 請參閱 同上，p. 12 頁。

心理學的文獻定義「歧視」為「只是基於品味、而不是因為他人客觀上帶給自己什麼利益或損害就對他人有偏愛或痛惡」；否則如果是有客觀根據喜歡或討厭一個人的，就不叫「歧視」了⁷³⁵。當然，這個定義也是不夠清楚的，因為什麼叫做「品味」、又什麼叫「客觀利益或損害」很模糊⁷³⁶。經濟學上的「客觀利益」或許可以限制得較清晰（如果要僅指財富）。但問題是，如果把照上述的定義用在經濟學探討歧視的角度上，那麼若是因為「實際上你減少我的財富所以我（在與經濟有關的領域內）不與你來往」，這是有「客觀」理由的，就根本不是「歧視」了，則除了對我們日常生活中的語言習慣使用上會造成困擾（因為在日常生活中我們找不到要用什麼字去代替這種「不是歧視的歧視」）。其實，在歧視上，去區分這種「有『客觀』理由的（故道德上不可責的）『不是歧視的歧視』」，筆者認為意義不大。因為雖然有人主張「純粹出自經濟利害得失的動機的歧視」根本不是歧視、故照理說道德上不應被責難，但是為什麼許多學者們（Posner 除外）都仍視為禁忌、三緘其口、不敢主張「純粹出自經濟利害得失的動機的歧視」⁷³⁷。

筆者認為，這個問題是需要詳細剖析的。通常我們會譴責這種行為，主要是因為：第一，被認為「不能幹」（或其它某種特質）的人最後都演變成正好和整個族群的形象連在一起，即等同於一個族群；第二，把擁有這種「不能幹」（或其它某種特質）視為負面、低等級、厭惡的、罪惡的，即認為人有理由把具有這種特質的族群視為「低價值的」、故刺傷了一個族群的自尊心。也就是說，「根本不是歧視」往往最後「還是變成真正的歧視與」，所以其仍造成「傷害一整個族群的人尊嚴」的後果，故在（依筆者的）道德上不可取，應被譴責。因此，筆者認為，除非某一項「純粹出自經濟利害得失的動機的歧視」的行動不會產生任何在此所述的負面效應，才能夠算是「根本不是歧視的『歧視』」而被允許。

10.4.2.2 純實證研究對實踐的影響

根本上 Becker 的文字使用並無意將「歧視」嚴格定義為「出自非客觀的因素的好惡」來使用這個字。也就是說，出於品味或實際經濟利益得失的偏愛或厭惡，在 Becker 書中皆算是歧視，在他的書中，出於什麼動機並不重要。總而言之：Becker 分析不管出於什麼理由的歧視行為所會造成的在所得上的效果。

可想而知，這種學說的研究成果不可避免地會產生「工具理性」的功能去指

⁷³⁵ 請參閱同上 p. 2、5、36、51 頁。

⁷³⁶ 某位教授特別善待臉上長雀斑的學生而不是根據學生成績的優秀，這好像是基於品味，所以是「歧視」，但是學生成績好或考上名校的研究所以為什麼是「客觀的」（它一定帶給老師「利益」了嗎）？而長雀斑也可能讓這位教授看了覺得喜愛而精神舒暢、身體也因而健康、工作有效率，成為學術界名人。

⁷³⁷ 例如某工廠老闆在徵作業員，經過三天試用期後某一族群的人皆因工作效率不佳而沒被錄用，這是歧視嗎？不能允許老闆這種決定嗎？而這老闆其實是「認錢不認人」，他根本沒有種族偏見，只要能幹，什麼人種他都喜歡，要是來應徵的這一批人之中都是白人不能幹、黑人能幹，他就會只僱用黑人而辭退白人。為什麼這樣也不行？生意人總是要生存啊！人總是想賺錢啊！又不是出於其它看不起別人的動機。

導那些在乎經濟利益考量的人之實踐，即告訴他們歧視會付出什麼財富上的代價，或爲了達成某種財富的目的是藉助歧視或不歧視的方式才能夠達成，成爲他們要採取或放棄歧視的指南。但 Becker 全書顯然極力避免（或反正就是沒出現明顯的）評價性的字眼，即他並沒有主張追求財富在倫理價值上是一個終極的價值、是一個可以正當化一切手段的價值，故他也就沒有表示認同一個人爲了追求財富若是非採歧視的手後不可時，歧視便是正當的。也就是說，如果（免不了）有某人在研讀 Becker 的實證研究後發現在他所處的情況下必須要採取歧視才能夠增加自己的財富（因此他也真的這樣做了），則 Becker 仍可說：我的研究的確是在實證上指出歧視（決定貿易交往的型態）與所得的相關性，但是我沒有說人生的目的就是只有追求最大財富啊、也沒說財富是唯一、凌駕一切、故可正當化一切手段的價值啊，所以就算當你從我的學說中得知你必須採取歧視才能夠增加財富時，我的學說並沒有叫你就應該這樣做啊！

總而言之，Becker 的學說闡述「歧視」與所得效果之相關性，沒有表現出明顯好壞評價的立場，因爲，如前所述，**他沒有對「財富」賦予評價、甚至對「歧視」也沒有賦予評價**，而是很低調、很謙卑地描述歧視行爲所產生的實際所得效果而已。筆者認爲這是一本謹守本分、「純粹描述性的」（purely descriptive）社會學實證分析報告而已、不是倫理學的書。我們千萬不能錯誤評估了 Becker 這本書的倫理學意涵，以爲 Becker 的研究中經常指出「交往貿易」會造成互利，則他有以經濟有利的效果爲理由去鼓吹打破種族歧視的意思；否則這種善意理解 Becker 卻反而會陷他於不義，因爲這樣一來，那麼當歧視能增加利益時，豈不是說 Becker 應主張可以去歧視他人了。也就是說，如果以經濟上的利害得失作爲能不能正當化歧視的倫理基礎，則將有嚴重的後果，故我們不能錯誤評估了 Becker，以免陷他於不義。Becker 在此初試啼聲之作中，其顯然因爲有自覺到「歧視」問題的敏感性，而論述的口氣較爲中性，像是一篇恭謹的實證研究報告。

況且，就算 Becker 的學說例如真的無心插柳地讓某地方的白人在發現「原來跟討厭的有色人種來往可以多賺一點錢」！因此爲了經濟利益而和有色人種交易或取消種族隔離政策，則這種「基於經濟利益而來往」也根本不等於「沒有歧視」、也沒有道德上的正面價值。因爲對於本來就非出於經濟理由而歧視他人者，其歧視仍然依舊，而其與其所歧視者貿易，而只是爲了謀取經濟利益而不得不付出的忍受而已。用 Kant 的話來說，真正的道德行爲一定是出於善意（guter Wille），例如商人「童叟無欺」應是純粹因爲對道德律的敬重、而非想藉此搏得好名聲而讓生意興隆⁷³⁸；否則這種外表上符合道德的行爲只是「符合義務」（pflichtmäßig）、卻不是「出於義務」（aus Pflicht）⁷³⁹。這只是把他人當成手段、工具，這種行爲在道德上價值等於零。

⁷³⁸ Kant, 同註 67, BA 9. 如果是另有圖謀才做出外表上符合道德的行爲，則 Kant 稱此爲「機巧」（Klugheit; cleverness）BA. 19. 這種表面上符合道德的行爲實則完全沒有道德價值。

⁷³⁹ 同上 BA. 14.

10.4.2.3 由實證性研究被過渡到價值判斷性的命題 — 以財富正當化歧視？

總之，Becker 並沒有談論倫理學，而他的實證研究成果，也完全無法改變並非出自經濟利害得失的動機而歧視他人的人之歧視。這種並非出自經濟利害得失的動機而歧視他人的人在熟悉了 Becker 的學說後，會有兩種情形，一是即使明知歧視會造成其經濟部不利，仍舊繼續歧視、拒絕往來，因為反正他就是要恨，他根本不在乎錢。另一種是爲了賺錢而「表面上不歧視」，但內心的恨沒變，而這也沒有道德價值，而我們不應該把這種行爲或結果評價得過高，正如吳惠林教授在《歧視經濟學》一書中譯本序言中所言：「對歧視作需求、對歧視有偏好，必須支付代價，在成本增加的抑制下也許會減輕歧視程度，但這需要讓當事人從內心主動發出的效果才會大」；吳教授最後一句話說到「...但這需要讓當事人從內心主動發出的效果才會大」，就是說他知道如果僅因爲了賺錢而取消外表形式上的隔離，終究並不是真正的沒有歧視、即並不是真正達到了道德上的目的。

當然，要達到真正「如何消除非出於經濟動因的歧視」、及「出於經濟動機但最後卻演變成對一整個族群的偏見而傷害其尊嚴」這兩種不可取的歧視，是 Becker 無法討論的，因爲他沒有進入倫理學的天地中，不會去忽然論到什麼「基於人性尊嚴本身」、「悲憫同情之心人皆有之」、「爲什麼不管別人對社會有無生產力我們仍然平等待之」...之諸般議題上。

但是，Posner 讀到了 Becker 有創意的成名作，他把 Becker 的學說再向前推進一步（但卻是產生重大「質變」的一步），去主張『財富的效果是歧視可不可以被視爲正當』的要素，那麼這種學說就蛻變成一種倫理學了，而其行爲正當性的標準就是財富的得失（而不是「人性尊嚴」）。

在 Posner 以財富得失作爲價值判準的倫理學下，有一個有趣的現象，即這種倫理學固然會認爲「非出自經濟利害得失的動機而歧視」是沒有道理的，但是對於那些人「非出自經濟利害得失的動機而歧視他人的人」，除了告訴他們「人家又沒有損害你的財富，你爲什麼要恨人家」之外，如果那些人仍舊繼續要恨，則這種學說也提不出其它的理由來勸告那些人停止仇恨。但以財富得失作爲價值判準的倫理學下，卻會正當化「純粹出自經濟利害得失的動機的歧視」；如稍前所述，這種歧視往往由中性的「認錢不認人」演變成對一整個族群自尊心的傷害、即真正的歧視；但對此問題，Posner 是不管的，因爲 Posner 不理會「人格尊嚴」這個價值，這在他的學說架構中不存在，所以正當性的基礎與此無關。

總之，在以財富得失作爲價值判準的倫理學下，則依個人而論，如果一個人能在經濟上不傷害我，我才應不予以歧視，若是經濟上傷害我，我予以歧視就是正當的、「理性的」；就社會整體而言，政府的立法、行政或私法，若允許或推動某種歧視而能夠促進社會財富總量最大化，則這就是正當的。而在討論時，不必考慮「人格尊嚴」是否受損的問題。這是 Posner 在閱讀過 Becker 的著作後對他所做的、也是我們可想而知的進一步改造、發揮。

故 Posner 說：「競爭市場中的確存在著各種有助於讓種族歧視最小化的經濟

力量在發生作用。....最沒有偏見的銷售者將主宰市場，...這並不是說歧視注定會完全消失。....某些有經濟效率的歧視並不會消失」⁷⁴⁰。這段話非常深入地道出 Posner 的世界觀、價值觀；即他認為人是純粹跟著經濟考慮走的，一旦不歧視能賺更多錢，人就不歧視；但如果要歧視才能夠賺錢，人就免不了會去歧視。他顯然無心用任何倫理價值去勸告人們改變這樣的行為模式；而是正當化這種行為模式，因為他宗奉「經濟學的人性觀」、認為追求「財富最大化」是一種自然理性的表現，我們對出自人的自然理性的行為，並無理由要求其改變、更無法加以責備。故他認為，為了效率，種族歧是人性之自然，所以也就沒有不妥；例如若某個白人在過去與某有色人種的交往中得到不愉快的經驗，例如該種族的人是較不重視整潔的（雖然該白人知道有例外，即也有愛乾淨的有色人種），於是他在刊登房屋出租廣告時就可以同時註明不租給這一種族的人，因為這是可以節省蒐集訊息的成本及事後解決糾紛的成本⁷⁴¹。又如在本書「導論」0.2.1.2.2 段中著名的美國聯邦最高法院 1954 年禁止州立學校實施種族隔離的判例遭到 Posner 反對。皆可為其認為「人是一切只順著經濟考量在走，我們無需改變他、也不能改變人的『理性』」之思維方式。

10.4.2.4 對歧視心態的批判

對於歧視問題的處理方式，並不是去順應既存的歧視、讓它繼續存在，或如 Posner 所做的「讓它以一种符合財富最大化的方式繼續存在」。若按照 Posner 的思想，那「出於經濟利益的歧視」在歧視是利可圖時將永遠存在（但筆者說過，這種歧視仍會演變成真正的歧視）。而「非出於經濟利益（而是出於品味）的歧視」在「不歧視」會帶來經濟利益時，會有表面上和緩化的傾向，但是內心未必真正沒有歧視。Posner 對此沒有加以重視並探討。

Posner 並沒有興趣從「尊嚴、自尊心受損」、「人道」、「悲憫」的視野來談我們應不應該歧視。這些概念在 Posner 的學術天地中沒有一席之地、不是一種價值、故不被考慮，但大部分的法理學家並非做如此的看法。今日，某些族群被歧視，其實大家心知肚明，最大的原因就是他們沒有財富，因為他們掌握不了對西方科技的學習、不適應資本主義文化的生活方式、以致於在工商社會中淪為邊緣人，被認為是「社會的負擔」。如果以財富作為歧視或不歧視的標準，那麼這些人是注定被歧視的。就像紐西蘭籍的世界知名女高音 Kiri Te Kanawa，本身是毛利人與英裔白人的混血，卻公然批評其毛利人的同胞是因為「懶惰」才處於社會底層...云云；這種批評的語彙亦是司空見慣地出現在漢文化民族對其他少數民族的批評中。然而這是極為無知、自我中心主義的批評，沒有顧慮到其他民族原本就有其固有生活方式，例如狩獵、歌舞、競技、與自然融合。如今資本主義生活型態的擴張摧毀其原本的生活空間及方式，而其民族性並不適應資本主義式的成

⁷⁴⁰ EAL, p. 716.

⁷⁴¹ 請參閱 EAL, p. 725 及 EJ. p. 362-363.

就進路，故當然變得意志消沉、酒醉解悶。這只不過顯示資本主義是一種中心化的「霸權性論述」、一種「趨同」、強迫解消其它文化的力量，誰在這個潮流中無法適應之，便淪為社會的邊緣人，而被負面地看待。

如果不能在「創造財富的能力」或說是「對社會、對他人財富的影響」這樣的標準之外，去由「人格」本身建立一套人權學說，則便無法成立一個不顧慮金錢而尊重人格尊嚴的理論。故 Posner 在探討 1954 年聯邦最高法院禁止州立學校再施行黑白分校時，面對這個基於對人性尊嚴的尊重而下達的判決，Posner 自然是不以為然、也不能理解，認為何必如此判呢？因為就財富的理由來看，他認為黑人接受白人的金錢作為補償，這些錢用來改善黑人學校的教育設施，而成全白人繼續在公立學校中實施種族隔離，是兩全其美、雙方獲利的辦法；顯然他根本不考慮黑人內心自尊的感受之問題。故這個及前一小段所述之「為了節約訊息成本而允許歧視」的立場，皆最能顯示 Posner 所抱持的世界觀。

本書論述至此，筆者認為是總檢討 Posner 的學術之終極定位的時候了。

10.4.4 對 Posner「財富最大化」價值觀的解析與批判

10.4.4.1 科學技術的意識形態興起及典型學說

Max Weber 指出近世資本主義社會是一個「理性化」(rationalization)的進程。他說：「與日俱增的理智化與理性化意謂著...這種認知或信念：只要人們願意，他隨時都可以經歷到世間原則上沒有什麼神秘性的、不可測的力量在其中起作用；而毋寧是——在原則上——人們可以透過計算掌握一切。但這意謂著：世界被去除了神魅」⁷⁴²。

由於科學、及實證技術的成果，使得奠基於傳統宗教信仰的道德信條式微，再來是連奠基於哲學的價值論述亦顯得主觀、莫衷一是，而被逐出合理性的論述之外。國家、包括法律，必須按照形式合理化的要求被安排、去行動⁷⁴³；這顯示在個體經濟學中為了追求最大利潤的合理化的資源配置上，故應為國家行為的典範，而將其他一切傳統倫理學的價值丟進垃圾桶中。「傳統世界觀的解體，意謂著由實體性理性 (substantive rationality) 轉變為形式的理性 (formal rationality)，在這一理性框架中，只有工具理性的知識可以得到合理的證明，而價值和規範是無法通過理性證明的，它們也就沒有存在的權利」⁷⁴⁴。理性被窄化、傳統的價值哲學探究被視為不具正當性；而科學技術的語言取得唯一的發言權，成為唯一具有正當性的指責。正如 Posner 說：「...法律是應該從哲學、還是應該從科學獲得其航向。本書的回答是，『從科學』」⁷⁴⁵。

⁷⁴² Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* 4. Aufl., Tübingen 1973, p. 594.

⁷⁴³ 請參閱 汪行福，*走出時代的困境——哈貝馬斯對現代性的反思*，上海 2000，123 頁。

⁷⁴⁴ 同上，127 頁。

⁷⁴⁵ PML, p. III.

而在 Posner 宣示要宗奉科學之後，其對道德理論則大肆嘲諷攻擊。他的第一種攻擊方式是較不嚴謹的、漫談式的、缺乏倫理學論述意義的揶揄。例如他質疑道德理論對司法究竟有多少影響⁷⁴⁶；又說校園內的倫理學家的理論根本得不到社會大眾的注意⁷⁴⁷；或譏笑滿口道德的倫理學家其實自己的道德也不比別人好⁷⁴⁸、即經常是「說一套、做一套」、言行不一的偽君子⁷⁴⁹。

這種隨興拈取片段的批評，沒有嚴謹性，不具學術論辯的價值；就好像人們也可以這麼說：「基督宗教對西方文化毫無影響，因為歐洲兩千年來還是戰爭不斷，四百年來又是帝國主義，而教會神職人員有多少腐敗的現象；儒家思想對中國人的生活也無影響，因為讀書人寒窗苦讀聖賢書，一朝考上科舉做官，一百個有九十九個是貪官污吏...」云云。

Posner 的第二種攻擊是指出自古至今，道德理論百家爭鳴、莫衷一是。不過，這種批評也有一種危險，因為如果他意謂著什麼道德學說都是主觀的、都不能成立的話，那麼也沒有一套法律體系可以成立（因為法律代表人類為了共同生活而願意遵守的一個共同基礎價值體系），則我們也不用談法理學、不用談法律經濟分析了！應解消一切、回到無法律狀態、個人隨心所欲地活（但這樣人類還能不能活，是一個大問題）。所以，Posner 又趕緊補充道：「我稱這種立場為『實用主義的道德懷疑論』。它一定不能被與其它哲學上更激進的主義混為一談。我不是道德的虛無主義者，也不是認識論的懷疑論者或相對主義者，我只是一個有限的懷疑論者。...因此，我拒絕道德的實在論，至少是拒絕那種強烈的道德實在論，即認為世界史有一些普遍的道德法則，而它們在存有學上與科學法則相類似。我屬於一種道德相對主義」⁷⁵⁰。Posner 表示他並非如「後現代主義」者 Feyerabend 所提倡的「怎麼都行」(Anything goes) 的人⁷⁵¹。

Posner 表示，他所真正反對的，是一種「教條主義」、「本質主義」的道德理論⁷⁵²；他的意思是說傳統的道德理論都預先設定某些價值、不惜一切要實現這個價值本身，但這些價值可能根本沒有帶來任何實際利益（例如要寡婦守節），故令人不知道這個價值的正當性何在、即其「道理」是什麼？故 Posner 說：「實用主義是反對教條的，它懷疑，我們是不是有一天能得知我們是已經到達終極真理的發現者（或複數的真理）。它想保持不斷的辯論、開放性的探究。...實用主義者看重自由探討、...重視實驗」⁷⁵³。沒有經過實際的考察（預測或檢驗）是否會帶來有利益的後果，法律怎能就先規定權利與義務。故他說：「實用主義懷疑的是，能否用分析哲學的方法、及其孿生姊妹般的法律推理，來確定道德責任

⁷⁴⁶ 請參閱 同上，119 135-136, 141.

⁷⁴⁷ 請參閱 同上，p. 53.

⁷⁴⁸ 請參閱 同上，p. 68.

⁷⁴⁹ 請參閱 同上，p. 80.

⁷⁵⁰ 同上 p. IX。

⁷⁵¹ 請參閱 OL, p. 10.

⁷⁵² 請參閱 同上，p. 6 及 288.

⁷⁵³ 同上 p. 6.

或法定的權利」⁷⁵⁴。總之，要確定、且在個案中依當時的情況確定「怎麼做才會為社會帶來利益」方能夠決定法律應追求的價值、法律的規定。Posner 認為「社會利益」應是法律的唯一目標，他說：「...法律規則的唯一健全基礎就是社會利益，這要求一種經濟學的判斷，要平衡收益和成本」⁷⁵⁵。

傳統道德理論的語言令 Posner 厭惡，因為這些理論將一些口號當成價值本身，他要「法律使用道德語言是造成混亂的來源，所以從法律中驅逐所有這類的道德語言是一件好事」⁷⁵⁶。不過，法律畢竟處理了許多道德的問題，又如何能把道德的語彙消除掉呢？Posner 對此則表示：「不必使用道德範疇，還是可以解釋大量的道德和不道德的行為」⁷⁵⁷。例如「歧視」是個道德問題，但是探討允不允許歧視，可以就各種實際案例下，要怎麼樣做才能夠帶來「社會利益」（在 Posner 而言即「社會財富總量最大化」）來決定即可；Posner 在此誤以為「社會利益」是個無關道德的範疇。

10.3.4.2 工具理性僭越而為終極、普遍指導性的實質價值

論述到此，每一位讀者們都可以看出 Posner 的核心錯誤在哪一點了：即 Posner 的「社會利益」難道不一樣是一種價值、一種「教義」嗎！他憑藉什麼主張「要藉助經濟學判斷」去「平衡收益和成本」的「社會利益」應該是最終的價值目標呢？為什麼這樣是善的呢？

當「社會利益」成為指導我們人類「應該或不應該做什麼」的標準時，它當然已經落入一個規範性的（normative）、道德哲學評價的範疇中。

而什麼又是「社會利益」的詳細內涵？又為什麼值得要求一切屈從於它呢？這都會立刻涉及倫理學的論辯。顯然，法律經濟分析學派所提供的經濟分析法不只是扮演一個「工具理性」的角色而已，而是直接讓經濟效率成為凌駕一切之上的終極價值、而且是在其學術架構中唯一存在的價值。當 Posner 說，法律經濟分析「試圖通過指出現行法律或提案中的法律產生意外的或者不可欲的（undesirable）後果的那些方面，通過提出可行的改革方案，來改善法律」⁷⁵⁸，所謂的「改善」、「不可欲」，不止是指手段技術的改進而言，而是對於什麼是善的目標、什麼終極價值是可欲的，法律經濟分析學派都提出自己的設定了。

在深入探究何謂 Posner 的「社會利益」之內涵之前，先再反省一下 Posner 對傳統道德理論的指責是否有理。傳統的道德理論提出的價值，被 Posner 視為「教條主義」、「本質主義」，因為其不顧後果要實現之。但是 Posner 這種解讀仍是太粗淺的。固然，不能否認，傳統道德理論可能有兩個缺陷，即：第一，其提出的價值本身究竟在過去或在今天是否可由任何理性的觀點被論證為有意義、有

⁷⁵⁴ 同上 p. 9.

⁷⁵⁵ PML, p. 208.

⁷⁵⁶ 同上，p. 207.

⁷⁵⁷ 同上，p. 30.

⁷⁵⁸ Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory* (法律理論的前沿 武欣 凌斌譯) 北京 2003, 35 頁。

好處、是正確的（有助於人的幸福的實現）？的確必須被重新在倫理學上被論證檢驗一遍，例如寡婦守節，或「無夫姦」的條款等等；但是這個問題在 Posner 的學說中一樣存在，即為什麼「社會財富總量最大化」的價值是有意義、在每一個案中一定導至幸福的實現？第二，傳統的道德理論、乃至在司法的實踐中，缺乏實證分析的功夫，因此有時候道德或法律想追求某一目標，但結果卻適得其反。這種「手段的不合目的性」有時只是技術性的問題，稍做研究就可改善；但有時卻是源自價值原則衝突的問題（例如法律想克制吸鴉片，但又堅持法律只能走大是大非、黑白二分、毫不妥協的方法來實現此目標，結果這種方法反而製造出許多動亂，不如如有彈性、有妥協的方法（例如漸禁鴉片）⁷⁵⁹；但是這個看似棘手的問題，其實只是道德哲學上多種可欲的價值在某些案例中會相互衝突的老問題而已⁷⁶⁰，只要能建立一套在發生衝突的個案中解消衝突的衡量原則即可，並非道德理論原先主張的價值本身有錯。

回到剛剛說的，其實問題的最終核心，一言以蔽之，就在於：**Posner 把只把「社會利益」視為有據的、唯一帶給人們幸福的價值，而把道德理論或傳統法律中追求的價值視為虛幻的。**

這當然是大錯特錯的謬見！法律若視平等、人性尊嚴為一個價值，自然不需要再考慮、不需要再分析「為了保護人性尊嚴會產生什麼經濟後果」才決定要不要採取保護人性尊嚴的措施；而這竟然就變成是 Posner 所指責的「教條主義」、「本質主義」。也就是說，「社會利益」是有待實證分析，須要在每個個案中待分析的結果而後見機行事的，所以 Posner 就自認為其學說很「科學」、很「開放」；但例如人性尊嚴的保障是不待後果的，所以就是「教條」、「本質主義」。說穿了 Posner 只是不承認除了「社會利益」之外還有其它價值，因此不能認可我們為了保障人性尊嚴本身而不計財富利益的保障方式。但是他提出「社會利益」難道不是一個「教條」，他提出這個終極的價值教條的根據在哪裡？即如果說，Posner 質疑「尊嚴」或其它傳統倫理價值為什麼是一個價值、能帶給人們什麼幸福？則我們一樣可以質疑「社會利益」、「社會財富總量最大化」為什麼是一個價值、能帶給人們什麼幸福？

Posner 一直強調法律只應追求「有效率」、「有用」⁷⁶¹，認為這才是唯一的幸福之源，認為這樣做（促成社會財富總量最大化）對社會帶來「最好的結果」（best results）⁷⁶²。而又由於財富是較可以估算的，所以可以估算其經濟上的後果來決定法律應該如何規定，這讓法學顯得「科學」了。但是如前所述，其最初的大前提並沒有被證立，即為什麼「社會利益」或「社會財富總量最大化」為什麼是一個價值、能帶給人們什麼幸福？毫無疑問，他的思想一樣有其終極的價值目標，

⁷⁵⁹ 例如從未吸食者成為新的吸食者；但已上癮者發給執照（要費用），到政府指定的合法販售處購買，而且可購買的量逐年減少、且單價逐年調高。

⁷⁶⁰ 例如「誠實」是一個價值、「保護無辜人命不遭惡人殺害」也是一價值。則當希特勒的禁衛軍在追殺一個猶太人，而我知道他躲在何處時，若禁衛軍問我，我應該誠實告之嗎？

⁷⁶¹ OL, p. 4.

⁷⁶² PML, p. 262.

這個目標如何產生出來的呢？有說服力嗎？吾人可以在此探討之。他在《超越法律》一書的序言中提到其處理法律理論的三把鑰匙：實用主義、經濟學、古典自由主義。Posner 認為「實用主義」只是一種「態度」⁷⁶³，它表示不願受制於任何一種僵化、固定、先存的實質價值觀、道德信條、既有法律，而是隨機地發現怎麼做是「有效」、「有用」便當下擁抱之。但是什麼是「有效率」、「有用」、「對社會有收益的」？Posner 當然有其實質的價值觀，這就是由經濟學及古典自由主義所輸送提供的，或者說最根源上是由經濟學提供的；經濟學一方面是一個實證方法，但是另一方面卻同時供給 Posner 實質的價值，因為由個體經濟學中人類追求最大財富的事例中，其認定人性追求財富最大化、故財富是幸福的來源，甚至在其學說架構中成為幸福的唯一來源⁷⁶⁴。而由經濟學中人類追逐已利的動機（獲利能成為自己的才會努力）、自願交易對最佳化資源配置的功能、即「市場機制」（看不見的手）的神奇功能，推出古典自由主義所主張的私有財產權不可侵犯，而干涉、重分配，在道德上已不允許、在效果上亦將降低社會財富的量。故在 Posner 的學術中，當然存在倫理性的價值，此一引申於經濟學的實質價值即：個人私有財產權的不可侵犯、財富分配只有透過自願的交易（政府的重新分配不可取）。而 Posner 又進一步跳躍去主張，一旦遇到政府從事權利初始分配時，亦應實現財富最大化，將權利分配給能利用之創造最大市場價格的人、弱勢的保障並不重要，甚至為了社會財富總量最大化，必要時連私有財產權保障都可以取消。這種主張含有一種類比推論上的斷層、跳躍，因為個人在經濟行為中追求財富最大化，這是個人真實所欲，因為錢多對他有好處；但是換成社會的制度，Posner 也站在體制設計者的角度也認為應該設計能讓財富最大化的社會；可是問題是「財富總量最大化」的社會未必對個人都有好處啊？Posner 並未探討如何建立能讓這些財富都被大家享受到的制度呀！故為什麼我們應主張「社會財富總量最大化」的價值觀？其立論非常薄弱。

這種價值觀的根源盲點，是先把個人追求「幸福最大化」錯誤地等同於「財富最大化」，把個人的經濟行為誤以為是人類行為的全部領域。然後，在認為「財富」即等於「幸福」之後，進到法律規範整個社會的議題後，又更進一步認為法律的目的是「社會財富總量最大化」；然而他沒有提出有說服力的道理說明這些財富若沒有平均為大眾所享有，則為什麼那麼迫切、不顧一切地要這個「社會財富總量最大化」，急切到照顧弱勢的問題丟在一邊不說、侵犯個人的自尊心不說、也將「法的安定性」棄之如敝屣（不承認人有既有的什麼法定權利）、甚至最後導至 Posner 自相矛盾地連侵犯法定個人既有的財產權也在所不惜，而這一切只為了「社會財富總量最大化」。道理何在？

最終頂多只能找出一個道理來解釋 Posner 為什麼要這樣做，即他相信，社

⁷⁶³ 同上，p. XII.

⁷⁶⁴ 但是由本書的導論及第一章的討論可知，這是一種錯誤的誇大。真理是「人追求幸福的最大化」，而非「財富最大化」，即「幸福非單由財富構成」。而經濟學是僅處理人在打算追求財富的目標時的行為方式。但追求財富並非人的唯一目標、即非唯一的一種行為方式。

會先有財富是重要的，等餅大了，每個人可能分配到的量就大（但是他這句話中的「分配」並不是指政府從事的財富重新分配，而仍是指透過市場自願交易下的分配，故沒有生產力、無法與人交易的人還是永遠無機會也無權利分這塊餅的）。故這種價值教義，第一、既不保證財富為大眾所共享，第二、也不惜在為了追求社會財富最大化（例如以歧視）傷害人的尊嚴（「人格尊嚴」並非存於 Posner 學術中的概念，也非他的學說能處理的人的幸福之源），不知道有什麼說服力能被奉為終極的價值信念⁷⁶⁵。

10.4.4.2 技術理性窄化的單維視野為人類生存的危機

總之，倫理學中所探索的各種能影響人類幸福感的因素（包括「尊嚴」的獲得尊重），在一個只由經濟學的單維觀察中（只看到人類會追求財富最大化）所導出的價值觀中，全部都被取消了！這種學說誤以為人類只有財富追求的行為。當然，這種誤解，其實也不完全是來自沒有看到人類本有其它各種價值的追求，而是它或許也看到了，但它之所以看到而又全然不予理睬，是因為這些其它的價值，都陷入莫衷一是、倫理學上奠基的困難；因此在科技昌盛、實證科學獨自取得唯一的正當性、唯一的發言權之氛圍下，只能被科學的擁護者視為談玄論妙、虛無飄渺、不可把握，而完全從他們所認為「合理性」的論述領域（科學實證領域）中被排除掉。

這種出於對經濟學因擁有科學的實證性而崇拜之、排除其它價值觀、而後不知不覺由經濟學中去穿鑿比附、推演出一種實質的價值觀，即滲透進入的倫理學的領域，而後僭越地被奉為唯一指導實踐的圭臬，這是如 Habermas 所說的「技

⁷⁶⁵ 基本人權正是建立於單獨對「人格」、「人性」的尊嚴之尊重之上的，是全然不奠基於財富之上，不是因為一個人能不能帶給我經濟上的好處，我才不輕視他、才不刺傷他的自尊心。要談基本人權，又要以「他人對我、對社會的財富效果如何」為考量，是無法談論的，「社會財富總量最大化」哲學中也沒有為了實現他人的人格尊嚴而犧牲財富數量的餘地；但這卻是今日談論平等權時經常必須做的事。所以，台灣社會兩位素孚眾望的意見領袖，前中央研究院副院長朱敬一教授及李念祖律師合著一本《基本人權》的書，朱敬一教授是知名的經濟學家，還是台灣談論法律經濟分析的先驅，而李念祖律師是憲法學專家，兩位旁徵博引、談論了許多西洋倫理學家，全書竟然沒有一次提到 Becker、也沒有提到 Posner 的名字；其理甚明，因為 Becker 與 Posner 的學說，一是根本非倫理學著作、另一是根本沒有今日一般憲法基本人權理論中所指的「人性尊嚴」的意涵存在。在這本由著名的經濟學家參與寫作的書中，沒有任何經濟學的論述、而完全是一冊哲學家傳統道德哲學的寫作，因為朱敬一教授不是一位「經濟學帝國主義者」，而且正好相反，如 1.2.3.3 段中所引的他的話，他正是痛批這種「經濟學帝國主義心態」。在本書的論述中，他就是一位道德哲學家。

的確，筆者承認，Posner 也會主張其學說也有基本人權、也有人性尊嚴。但是至少不是我們今日通常在談論的這一種型態意義下的基本人權及人性尊嚴，而是屬於另一種「範式」(paradigm) 的、有截然不同內涵的人權及人性尊嚴理論。他會認為在他那種制度下，人權及人性尊嚴才是真正受到尊重的，而我們一般談論的這種由「照顧弱勢」、「重新分配」的思維基調出發的人權及人性尊嚴觀，才是踐踏人權、侮辱人性尊嚴。

這麼說來，筆者只是以自己主張的人權、人性尊嚴去批評 Posner 的另一種「範式」的人權、人性尊嚴學說了。的確是的！故有必要在下一章去建構筆者自己的倫理學綱要，去解釋「為什麼我還是選擇信仰這一種的人權、人性尊嚴價值」、而不選擇信仰 Posner 那一種的。

術與科學作為意識形態」(Technik und Wissenschaft als Ideologie)的最典型寫照；是 Weber 所描述的自啟蒙運動以來，實證科學興起之下，西洋“rationalization”的進程下傳統價值論述喪失的又一事例。正如研究 Habermas 的學者 McCarthy 所言：「真正的問題....並不是科學技術的理性本身，而是其普遍化；寬廣的理性概念之淪喪導至了自然科學及科學技術思想是唯一有效的這種理念滋長，把實踐化約為技術操作、並把工具理性擴張到一切生活的領域中」⁷⁶⁶。

Posner 的學說正是反映這種被科學技術的意識形態所完全“obsessed”的思維：澈底的單維化、窄化到對其它的價值渾然不覺、視而不見之令人震驚的程度！最後，讓筆者用高宣揚教授在闡述法蘭克福學派哲人 Horkheimer 及 Marcuse 的主張時的話，來對 Posner 等人所誤解的——經濟學擁有可指導一切實踐領域的「帝國式」權威——做一總結：

「現代實證主義乃是哲學理論化了的科學技術貴族的世界觀和方法論——它在當今科學技術佔統治地位的世界上，在大多數人對科學技術保持盲目的〔崇拜〕甚至是瘋狂的迷信的時候，乃是人類的最危險的敵人，乃是不合理的社會統治的主要支柱」⁷⁶⁷。

第十一章 一個倫理價值重新奠基的嚐試

11.1 由「諸神的黃昏」到新神喻的誕生

John Stuart Mill 在其代表作《功利主義》的開頭即說：「有關如何決定道德上對、錯之標準的爭論，至今進步甚微。在人類知識的現況中，很少有比這更不如人預期的情況；更意謂著關於最重要的問題之思辯仍停留在這種落後的境地」⁷⁶⁸。

這句話道盡了價值奠基的困難、及千古以來懸而未決的難題對哲人心智的困擾。

在實證科學取得其顯著的成就、並且驕傲地自稱是唯一擁有發言權的學問之後，從二十世紀開始，西方的倫理學論述完全沈寂下來了，甚至「...曾有過『規範性的道德哲學是否還有意義？』『政治哲學是否已經死去？』的疑問和討論」⁷⁶⁹。

但是，一個失去告訴人類「應該做什麼」的羅盤的世界將會是什麼樣的景象？「在 Weber 所說的『世界卻除迷魅』後，所有規範與價值問題被斬斷了源頭。新

⁷⁶⁶ Thomas McCarthy, *The Critical Theory of Jürgen Habermas* (德文翻譯 Max Loser) Frankfurt a. M. 1980, p. 34.

⁷⁶⁷ 高宣揚，新馬克思主義導引，台北 1987，292 頁。

⁷⁶⁸ John Stuart Mill, *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government*, New York/Londen 1951, p 1.

⁷⁶⁹ 何懷宏，公平的正義，山東濟南 2002，12 頁。

崛起的經驗科學無力提供規範論據，而原先的超驗權威也早已喪失了整合的能力，人類面對尷尬的價值上的虛無困境以及更可怕的規範上的瓦解絕境：上帝死後，是否一切都可以做了？...面對科學主義正在與借助科學而使自身強大的功利主義合謀把人類不斷地工具化與物化（其結果就是『人的終結』）」⁷⁷⁰；這也正顯示在法律經濟分析這樣一種「被科學技術手法轉化的功利主義」思想之中：用可計量的「財富」（市場交易價格）取代還殘留有舊世界神魅氣息的「效用」、「幸福」，用市場機制取代人力的分配方式（但追求的同樣是「社會“X”總量的最大化」而漠視個人不可被侵犯的尊嚴），用原本只代表世界部分面向的經濟學法則擴張為人類全面行為正當性的唯一依據；造成的是人性價值的窄化及人性尊嚴在論述中的澈底消失無蹤。

John Rawls 以《正義論》在 1971 年做了石破天驚的一擊，喚回了在西方世界沈寂了七十年的實質倫理學問題討論。如 James Fishkin 與 Peter Laslett 所說的：「『在二十世紀，迄今尚無權威性的政治理論問世』」。Isaiah Berlin 在 1962 年的著作中如是說。...1978 年的今天看來，...Berlin 的斷言不再是真實的了。他所斷言的狀況于 1971 年終結，在這一年，哈佛大學的 John Rawls 在 Massachusetts 州的 Cambridge 出版了他的《正義論》」⁷⁷¹。

雖然倫理價值的探究復活了，但是困難仍在！價值奠基工作所要求的嚴厲難度仍在那裡等待著人類，並不會因為這次的重逢就軟化。再次的嚐試，只是逼著哲人們要準備更嚴密的論證手法，而哲人們也不得不有此自覺。在面對這樣的挑戰時，有人變得更謙虛了，Habermas 只想提出一套透過純粹形式、而據稱只要透過他這個管道便可達到實踐上有效解決問題的方法；然而 Rawls 卻仍希望在他的學說中道出那讓人類可安居其中的美好、有尊嚴世界的**實質**生活願景，這顯然才是符合他的心志、他的雄圖的⁷⁷²。但他不可能走老路、他當然不是為了走老路而回來發聲的；人性尊嚴固然是他的最終所求，但他如果是像 Kant 那樣把對人性尊嚴敬重的義務立基於其為「有理性者」、「有理性者的存在本身就是目的」、「他人在任何時候也只能把他當成目的來對待」...這種措辭云云，則非但沒有創見，也無法以此般形而上的語言說服眾生。又如果他走「直覺主義」的路，則這對推進倫理學奠基的強度也毫無助益，如「直覺主義」者 W. D. Ross 主張：有些行為本身就有一種「使其成為正確的特性」（right-making characteristic），而人類將有能力把握到其正確性是一個客觀事實（例如「應該信守承諾」），這種行為他稱之為「表面義務」（prima facie duty），人類可以「看出」、「直覺出」這些「表面義

⁷⁷⁰ 吳冠軍，羅爾斯與康德主義事業—悼念一代思想巨匠羅爾斯，在：清華法學第二輯 2003, 65-76 頁; 66 頁。

⁷⁷¹ Chandran Kukathas/Philip Pettit, John Rawls (羅爾斯)，姚建宗/高申春譯，哈爾濱 2002, 1 頁。

⁷⁷² Habermas 這種被稱為「程序性的正義學說」（prozedurale Gerechtigkeitstheorie）的謙遜企求是否真的更減低了武斷性，請參閱筆者《法學方法論與德沃金》一書第五章註腳第 39 之中的短評。而 John Rawls 的思想由於採取一個公平締約的「原初狀況」情境的設計，故有時亦被列入這一種範疇。但筆者認為這種歸類是不恰當的，因為 Rawls 本人以自行理解的人性、獨自推演出了其所認為的人們締約將會達成的實質內涵。

務」⁷⁷³，他列出的「表面義務」被整理為七大類⁷⁷⁴；但是 Ross 又主張「表面義務」並不自動等於我們在具體個案中最終應該去實行的「實際義務」(actual duty)、或又叫作「適切義務」(proper duty)、「特定(個別)義務」(particular duty)，因為 Ross 特別強調在人世間每一個個案中，通常都面臨多個「表面義務」相互衝突的情形，當只有能夠釐清在每一個特定情境下哪一個「表面義務」是最嚴格的義務時，那個「表面義務」就成為這個個案中應該被踐行的「實際義務」。但是如何決定在個案中多個相互衝突的「表面義務」誰才是最嚴格的義務，Ross 認為沒有客觀標準，而是認為人只要小心反省就會有直覺的能力去判斷哪一個是「實際義務」，他認為「這是我們履行義務的唯一指引」⁷⁷⁵；而這種決定最後何者是真正該被踐行的「實際義務」竟然是依靠直覺；故被 Rawls 評論為：「可以這麼說，一個直覺主義對正義的詮釋只是半個詮釋」⁷⁷⁶。即使 Rawls 贊同直覺主義的結論，也不能夠只滿足於這種直覺的方法。

11.2 新的論證說服方式的尋求

11.2.1 訴諸顯明心理事實的進路

Rawls 自然想提供一個更有說服力的倫理學奠基，他殫精竭慮的思考新方法，如何使其具有說服力。其關鍵的竅門，依筆者的看法，一言以蔽之，就是一開始要「避免崇高」，即對「人性」不唱高調。因為 Rawls 的思想建構要藉助描述人類心理事實，而他不奢談人類有什麼高貴的仁愛捨己為人的情操，只是從人類「自利自保」的自私希求開始，他顯然自信這樣的訴求相當是能得到人人的共鳴的。則在從事這樣一個建構時，最吸引 Rawls 的「...看來還是一種屬於現代合理選擇理論範疇的博弈論 (game theory, 直譯是遊戲論...)」⁷⁷⁷。也就是當他描述位於「原初狀況」中的人們訂立社會契約時的心態，大家彼此是「相互冷漠的」，「他們的理性所遵循的是工具主義和經濟理論，而不是道德學說和準則」⁷⁷⁸。Rawls 認為這樣的建構方式，顯然包含兩大優點：

第一，有說服力：根據 Rawls 提出的「反思平衡」(reflective equilibrium) 的價值奠基方法，價值奠基是由對於我們每個人在心境澄澈、良知光明之時，個人得自對人生的反省下所得的「信念」(conviction)、價值觀開始出發，這種價值「信念」，Rawls 又將其稱為「慎思的判斷」(considered judgments)。Rawls 的

⁷⁷³ 請參閱 Fred Feldman, *Introductory Ethics*, 1978, p. 150 及 157 頁。

⁷⁷⁴ 這七類「表面義務」分別是：promise keeping, reparation, gratitude, justice, beneficence, self-improvement, nonmaleficence (引自同上，p. 153)。

⁷⁷⁵ 引自 同上，p. 157.

⁷⁷⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge(Massachusetts), 1971, p. 41.

⁷⁷⁷ 何懷宏，同註 2, 31 頁。

⁷⁷⁸ 趙敦華，勞斯的《正義論》解說，台北 1988, 133 頁。

倫理學方法即是要一個人由自己這個最原初的「慎思的判斷」出發，而後去推演、建構出自己的道德原則或說是道德理論，而後這個道德理論才又再回頭去正當化最原初的、直接的「信念」，依此證實我們的原初「慎思的判斷」是對的，而且強調在推論的過程中，每一步都能經過不斷的回顧照應、修正調適，形成一個相互支持的體系。這是一種「整體主義式的」(holistic) 意味的論證理論建構⁷⁷⁹。重點是，在這個從「慎思的判斷」走出去推演的過程中，Rawls 顯然希望每一步皆由最平實、最不需要預設、最不會引起異議的明顯事實來論述。而他認為得自於「博弈論」(遊戲論、賽局理論) 這樣一個充分顯示出人性首先追求「自利自保」本性的心理、及其相應的選擇(兩個正義原則)，應該是無可異議的、能說服大家的；這也應是推動他設計無知之幕下的「原初狀況」締約方式的靈感來源⁷⁸⁰。

第二，能解決優先順序的問題：鑑於「直覺主義」如 Ross 學說將義務的優先性訴諸直覺，如我們所知，經由 Rawls 的設計，由「原初狀況」的社會契約中，人們在自利的考慮下會選擇的兩個正義原則也大要地規定了人們享有的諸種權利的先後次序。

11.2.2 對 Rawls 的推論之解析

而我們現在就可以實際由跟隨一段 Rawls 的理論鋪陳路徑，來檢視、評論其論證是否是那般的自明、無可異議：

在《正義論》第一章開宗明義 Rawls 講出其名言(他個人的「慎思的判斷」)：「每個人都有一種立基於正義的不可被侵犯性，甚至整個社會的福祉也不能揚棄這種不可被侵犯性」⁷⁸¹。為了依照「反思平衡」的方法來證立他個人的「慎思的判斷」，Rawls 選擇了一個描述人類心理事實的路徑來展開其漫長的理論建構歷程。他論述道：人人都想自我實現、也都了解合作會比獨居更能讓人實現自我、享受到生命的樂趣，故承認合作的必要性、也知道合作關係必須是穩定的，也就承認需要有共同拘束力的規範、即得到眾人一致同意、被共同遵守的規範，其作用是對權利及義務做恰當的、不武斷的分配⁷⁸²。而且在面對分配的問題時，Rawls 也知道、也很生動地指出人的自私自利心態：「..人們對於他們所多生產出來的利

⁷⁷⁹ 請參閱拙著《法學方法論與德沃金》4.3.1 段對「反思平衡」奠基方法的解釋。

⁷⁸⁰ 「正義兩原則」的內容，及 Rawls 在「原初狀況」的推演，請參閱本書 4.2.2 段。

⁷⁸¹ Rawls, 同註 9, p. 3.

⁷⁸² 人人認為社會上應存在一套決定權利義務分配的制度，即 Rawls 所稱的「正義的概念」(concept of justice)，這是人人共有的想法，但只是一個空的概念。但是對於這套正義的制度應該具備什麼具體內容，即「正義的構念(詮釋)」，則可能是人人不同的；一個穩定的社會應尋求一個共同的對正義之「構念」，否則張三認為古典自由主義意義的資本主義是正義，李四認為社會主義才是正義，則社會衝突必然劇烈；或者張三和李四都認為應該「實行自由主義才是正義的！」，但是兩個人所理解(構念)的「自由主義」之內容有天壤之別。

有關“concept”與“conception”意義的說明，請參閱拙著《法學方法論與德沃金》第 5.3.3 段起、到 5.3.4 段。

益應如何分配並不是無動於衷的，因為每個人爲了要實現他人生的目的，每個人都希望多分一點、而非少分一點」⁷⁸³。而在面臨人性的自私之下，要獲得這樣一個穩定的對權利及義務做恰當分配的規範，必須透過一個「公平」(fairness)的條件才有可能，即「原初狀況」的條件，在其中，眾人處於無知之幕下那樣既平等、又私心的考量無法起作用之締約條件所得的結果，必然也是正義的規範，才能締約成功並叫人心服口服甘心遵守，此即所謂的「作為公平的正義」(justice as fairness)。

我們先將這些論述做一如下整理，以方便後面的分析反省工作：

A1：人都想要自我實現，也知道只有透過群居、合作才有可能自我實現。但其也了解在群居中有分配的問題，因為人極爲關心一己能分到多少，都想多分到一點好處，因此若照這樣，社會將衝突不斷、即社會將是不穩定的。

A2：人人同意社會應有一把決定應該如何分配的尺，認爲一切應一貫地、普遍地依此尺度來分配，此可謂人人皆有一「正義的概念」(concept of justice)。但是對如何分配之細部(詳細具體的原則)則又見仁見智，此即對正義的不同「構念」(conceptions of justice)。因此人們願意看到有一個決定性的尺度(單一個終極的「構念」)來作為被公認之分配原則，此如此可成就人人安居滿意、可盡情追求自我實現、穩定的社會。

B：人們知道這個能被共同接受並遵守的原則只有在平等協議立約的情況下才有可能達成；因為平等代表自願的接受，有自願性才是公平且可確保穩定的原則。故願意互相給予平等的地位，大家知道自己獲得平等地位，才會願意進入締約協商。

C：但即使有平等的參與協議立約的地位，如果人人知道其身份，而人人站在一己的立場上爲己考量，則仍然永遠無法達成協議。所以只有在人人不知其身分的情境下，協議才有可能達成，故 Rawls 提出在「原初狀況」中的人是處於「無知之幕」(veil of ignorance)下的。

D：而依 Rawls 所描寫的，基於人追求自利、又渴求無論如何能規避風險的保守人性，將會選擇其正義的兩原則。

11.2.3 對 Rawls 推論的反省及批評

現在我們可以分析 Rawls 的立論的合理性。關鍵的問題出在「原初狀況」根本不是一個「歷史事實」或在社會中一再重現、但真正的事實。則 Rawls 提出這個「原初狀況」，有什麼實益？又究竟應如何被詮釋？

依筆者的看法，可依三種角度被詮釋，這三個角度分別是：

第一、「原初狀況」雖非歷史事實，但可能是人性所普遍自願、主動做出的

⁷⁸³ Rawls, 同註 9, p. 2.

在我們真正每天生活的「真實世界」內所取得的真正約定，則其意義和「歷史事實」相同，可以說是一個真正被眾人簽訂的社會契約⁷⁸⁴，只是「無知之幕」在此被「設身處地替他人著想的善意」來代替，但意義是一樣的。

第二、「原初狀況」作為一種權利理論（天賦人權）。

第三、「原初狀況」作為一個對人性道德良知應履行道德義務的呼籲，而「原初狀況」的意涵象徵奠基於「將心比心」、「己所不欲、勿施於人，己所欲之、施之於人」之道德義務。

11.2.3.1 作為基於人性事實在「真實世界」被實際達成的契約

我們現在先分析檢視第一種詮釋角度的合理性。

假設人類在感知到了 A1 及 A2 之後，自願地達到了 B。在此，「平等」的問題是一個饒富趣味的問題，因為如果「原初狀況」是一個「強迫、必然發生」的歷史的事實、任何人（不問願不願意）都必定會進入其中、而且一進去之後自動變得對自己的情況一無所知，並在此情境下與他人締約，則締約時（B 階段）的平等性問題就不必再論，因為事實上在大家都不知道誰比誰更有本領的情況下，則這種無知（也不可能知）的情況下，大家只能是平等的！而進去之前若不平等，也並不重要。

但是「原初狀況」畢竟不是事實，即在現實上，大家是明明知道誰是誰的、根本不可能無知於身分，所以要進入一個締約狀態，第一步是大家必須先放棄不平等（即大家都知道彼此不同的地位，但相互承諾，每個人的發言、表決都獲平等對待，不因身分不同有別，這樣才有辦法開始協商，否則若事先就仍主張不平等，則未獲平等權的人根本不想進行協商）；這也是為什麼 Dworkin 認為平等權並不是「原初狀況」的契約之結果，而是進入「原初狀況」的門票（admission）⁷⁸⁵。當然，Dworkin 也是把「原初狀況」設想為並非「歷史事實」，才會有此主張；因為如果「原初狀況」是強迫、必然發生的「歷史事實」（每個人不問其意願都必定曾經或必定將會經歷這個狀況、包括在其中人對自己的情況自動變得一無所知），則並不需要做此議論。

又因為縱然願意互相給予平等參與協議立約的地位，但如果人人知道其身份，而人人站在一己的立場上為己考量，則仍然永遠無法達成協議。所以 Rawls 提出在「原初狀況」中，人人都是無知於自己的特殊情況的，即 C。但是如果無知的「原初狀況」不是歷史事實，則 C 的步驟是不可能的，那麼要取代 C，只有

⁷⁸⁴「社會契約論」經常會被以「假的！歷史上沒有真正發生過！」而遭批判。筆者並不贊成這種批判的角度，因為「簽契約」不須要被理解得太狹隘了，即「契約」不應被理解為一定要形式堂皇的書面簽約儀式（在民法乃至國際法上「契約」或「條約」都不一定需要以書面為之），而且「社會契約」更不必想像為所有人在某特定時空下一起開群眾大會並在協議文件上簽名。

吾人應該把「社會契約」想像為真實社會生活中的人們「不論在沈默中以有默契地一致的行為方式，或以言語、或書面的協議中，所表達之同意（協議）」。

須注意的重點只在人們的處境和哲學家描寫的「原初狀況」是否有本質性的差距。

⁷⁸⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge(Massachusetts), 1978, p. 181.

用 C1 去代替，筆者提出 C1 的內容即：

C1：由於無知的「原初狀況」若終歸只是假說、非歷史之事實，則人人在締約時，不可能真的不知道自己是誰（C 不可能）。那想達成協議，除非人們（雖明知自己的特殊情況）自動願意「將心比心」、「同情相感」、「大發悲憫之心」、「設身處地為別人著想」，以此同情悲憫之心來代替「無知之幕」（C）的功能。

但若是如此，Rawls 的立論原旨將遭受「質的改變」，因為如果「原初狀況」是歷史事實，則達到兩個正義原則的確是透過 A. A.1. B. C.，而這個思想行為路徑代表本質上人們只是基於自保自利、「擔心自己」而得到正義的兩原則，這是 Rawls 原本想強調的。但畢竟「原初狀況」並非歷史事實（不會真的有無知的狀態），因此若是人類真的有「自願、樂意、主動」在現實世界上訂立社會契約達到正義兩原則，則唯一的可能性就是透過 A. A.1. B. **C1** 的思想行為路徑。但是這就不止是表現自保自利、「擔心自己」而已，而是（C1）要求還要有極偉大的仁愛情操為前提才可能。

所以，在「原初狀況」並非歷史事實，而 Rawls 又想把正義兩原則的達成理解為是基於「人性所自願、樂意、主動做出的事實」來詮釋下，就會是如上述分析的結果。

接下來我們分析這樣的論述是否有說服力，而筆者將指出，普遍而言，根本沒有這樣的「人性事實」來支持第一種詮釋，也就是說，在真實的世界中，人類沒有經過 A. A.1. B. **C1** 的思想行為路徑來達成一個符合正義兩原則的社會契約。理由茲敘述如下：

a.人人都想要自我實現、認為自己有權利自我實現，也知道只有透過群居、合作才有可能自我實現（甚至也知道別人也有自我實現的願望時），仍並不代表（蘊含）人人都認為：「我想自我實現，別人也有權利自我實現」。人性沒有這種普遍事實，封建制度下的貴族就沒有這種想法，曹操顯然也沒有這種想法，因為他說：「寧願我負天下人、也不願天下人負我」。很多人可能的想法是：「每個人都想自我實現，但這要靠本事靠手段，沒本事的被壓在腳下也就認命了、沒什麼可怨的，所以我要做的當務之急只是充實自己的本事，物競天擇、成王敗寇...，強者才有權利，弱者沒有權利，這就是天理」。

b.人們認為自己有權利自我實現，別人也有權利自我實現，但未必認為別人有權利和我「以同樣的方式」去自我實現；即我們看不到人類的人性有普遍的同感去認為每一種階級或是不同才能高低或特質不同的人，有追求同樣的自我實現之權利，例如「Thomas Dew 這位美國政治學家宣稱說，『大自然和上帝註定讓具有最大的能力與學問、也因此是力量最強的人，可以統治並支配較低劣的人』。基於這種主張，他支持美國南方各邦所實行的奴隸制度；而其他的人依此更進一步認為奴隸制度正恰恰是最能保障奴隸天賦人權的一種制度。如果我們得知自由的真諦，就應知道它是不應給予黑人的。』正因如此，奴隸制度正是保障了黑人

的自然權利，且是賦予了黑人依其天性能力所足以承受的程度內之真正的自由』⁷⁸⁶...。也就是說，對於沒有和我具有「同等的」自我實現權利者，在雙方追求自我實現而發生利益的衝突時，其自然也不能與我平等協商妥協之道；甚至我用武力打壓對方都是可以的，即對方的權利應退讓。

c. 就算人普遍地在道德認知上贊同他人也有和我以一樣的方式自我實現的平等權利，但人是一複雜的動物，有私心私利的羈絆，不一定會實踐其道德認知上所認為正確的事。在實際彼此利益發生衝突時，人（尤其當他擁有較強的力量時）往往不願別人和自己平起平坐來協商妥協而減少自己的獲利、反而用武力壓制對方（雖然他理智上也贊同別人有和他以同樣方式自我實現的平等權利）。

由上述 a.b.c. 可知，人類至今並沒有能力依 A1, A2, B, C1 的思考路徑並化為行動而在真實世界締造一個產生兩個正義原則的社會契約。

如果有人以：「若不按照 A1, A2, B, C1 來做社會將處於不穩定狀態！而人人都希望社會是穩定的乃是一個人性的普遍事實，所以人們必會做出 A1, A2, B, C1 來求取一個穩定的社會！」做為反駁的理由。

但筆者認為這個辯白是站不住腳的，理由如下：

縱然吾人可以承認「人人都希望社會是穩定的，此乃是一個人性的普遍事實」，但是未必不照 A1, A2, B, C1 來做，就求不到社會的穩定。人性（尤其是社會的強者）會試圖用其它的手段來追求社會的穩定，例如：

d. 強勢者透過刻意被塑造的意識形態亦可達穩定，低階級者並無不滿、只要其能達到某種程度的安居樂業。劉邦及朱元璋得天下之後就會塑造各種他們注定是「真命天子」的神話在民間戲劇中廣為流傳；愛新覺羅氏也會編個長白山上有個仙女遇到神鳥...的神話來告訴天下他們注定要當中國的統治者。

e. 靠武力恐嚇亦可能達成穩定。固然被壓制者不滿，但在一定程度內未必起來反抗。又若是更技巧一點，「恩威並濟」就更能獲得穩定。

上述 d. 與 e. 都是 Karl Marx 所指出的，強勢者司空見慣的階級壓迫的方法。

總而言之，在「原初狀況」並非歷史事實之下，在真實的世界要達到符合正義兩原則的社會契約除非依照 A1, A2, B, C1 的路徑。但是，人類並沒有能力曾經這樣做過。

一言以蔽之，Rawls 原本就想「避免崇高」、他認為他描述的人性心理已經夠平凡庸俗了、只求自利自保；但由於「原初狀況」不是歷史事實，C 是不存在的，只有 C1 是可能的，但是要「自願樂意」走入 C1 則要求崇高的人性（人類根本做不到），所以人類在現實世界中並沒有能夠依 A1, A2, B, C1 的思考路徑並化為行動而完成一個產生兩個正義原則的社會契約，因此其推論永遠是只適用於其虛構的「原初狀況」條件中，而難以說服我們人類在現實世界中彼此如何能「自願樂意」訂出這樣的社會契約。

因此，Rawls 學說建構，在「原初狀況」並非歷史事實的情況下，不能夠被

⁷⁸⁶ Howard Davies/David Holdcroft, Jurisprudence, London Dublin Edinburgh 1991, p. 167.

這第一種詮釋去解釋得通。但筆者並不是說，人性是一片漆黑惡濁的；如 Hart 秉承英國哲人對人性看法的一貫傳統，認為，「如果說，人不是惡魔的話，人也不是天使，他們是介於這兩個極端之間的中間者」⁷⁸⁷。當然，有極少數人真的就是天使，也有少數人就是魔鬼！但絕大多數都是介於中間的（但較接近魔鬼一點）！因為基本上人是明顯自私的，人通常只有在不損害自己本質性利益的前提下，部分的人才會有同情心的發露而願為他人付出力氣或金錢。所以 Hart 歸結地說：「..人的利他主義的範圍是有限的、而且是有間歇性的，而侵犯的傾向卻是長存的，如果不加以限制，就足以導至社會生活的毀滅」⁷⁸⁸。對這種利他的有限傾向，哈特稱之為「有限的利他主義」(limited altruism)⁷⁸⁹。故即使某人本身就是一位悲天憫人的天使、也希望每個人都成為天使，但他仍舊必須認識到其他的人並不是和他一樣的；故在建構理論時不能將他自己的一廂情願和事實混為一談。Rawls 的立論不能成立，並不是世界上缺少人性夠高貴的特定人，因為世界上再怎麼高貴悲憫的人都有，只是「普遍的」人性沒有、遠遠沒有這麼高貴！人類是走不通 A1, A2, B, C1 這樣的路徑的，甚至更切確的說，筆者認為，在現實世界，連 B 的階段都走不到，因為人類不會想要給對方平等的締約機會（B），而是在擴張私欲遇到利益衝突時，會先想用強力壓制對方。。

11.2.3.2 作為「權利理論」—Dworkin 式的詮釋

第二種對「原初狀況」的詮釋是天賦的人權式的。Dworkin 對 Rawls 的學說做了這樣的詮釋：

當「原初狀況」反正不是「歷史事實」之下，在討論為什麼人能夠獲得一個彼此平等締約的權利，Dworkin 認為 Rawls 的學說預設了「平等」的權利，如前所述，平等權是進入「原初狀況」的門票，而這張門票是天賦的（因為除了訴諸信念，Dworkin 也提不出平等權的根據了）；Dworkin 沒有想到如筆者在前面所述，「理論上」這張門票也可以是人們同意相互給予的，即 B 的步驟（如果人性有這麼善良的話）；但是重視「權利論」的 Dworkin 並沒有考慮到這一種詮釋的可能性。

Dworkin 把 Rawls 的哲學詮釋為一種權利論，因為 Dworkin 認為，依照社會契約論，則一切道德規範應該都由社會契約的結果產生；但是要訂立社會契約之前，又必須先預設人人平等的規則，而「平等權」是有道德意義的，是一種預先被設立的權利，因此 Dworkin 認為 Rawls 的思想中存在一個「深層的（權利）理論」(deep theory)⁷⁹⁰，這個權利是平等權，他斷章取義借用 Rawls 自己的一句

⁷⁸⁷ Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, Oxford²1972, p. 191-192.

⁷⁸⁸ 同上，p. 192.

⁷⁸⁹ 同上，p. 191. 李天命教授也認為對人性無法要求太多，其實人只有在不影響自己本質性的利益時才會助人而已，人絕對不會時刻發出光芒，對比，李教授稱之為「有時發光主義」（梁沛霖 戎子由 合編，李天命的思考藝術，臺北 1992，40 頁）。

⁷⁹⁰ Dworkin, 同註 17, p. 177.

話，然後再去自行附會主張人擁有「平等」的固有權利「他〔Rawls〕說，這個權利是『由於人是道德的個人』，源於讓人與禽獸有別的道德人格。被所有能夠做出正義的人所遵循，而且只有這樣的人才能夠訂契約」⁷⁹¹。

對於 Dworkin 的詮釋，筆者回應如下：如果「原初狀況」是歷史事實，則 Dworkin 的詮釋是不能成立的，因為如前所述，「原初狀況」中大家都不知道誰比誰比誰更有本領的實際情況下，大家進去之後自然變成都是平等的，所以進去之前不平等也不重要了。但是，畢竟「原初狀況」不是歷史事實，所以 Dworkin 的質疑是有理的。儘管如此，理論上並不是只有 Dworkin 的天賦平等權的方法才能夠解決這一個難題，而是還有另一種方法，也可以解釋為什麼眾人可以獲得平等的締約地位，即如前所述，大家自願給予彼此平等協商權利；但是筆者亦已剛剛指出，人性恐怕沒有這樣善心的事實，所以這個可能性難被實現。

Dworkin 主張的要訂立社會契約必須先預設平等權，這個質難，對一切類型的社會契約論皆適用。

Dworkin 在提出平等權這個敏銳的問題之後，依筆者之見，把它運用得太寬、太遠了。他不止被用來解決為什麼眾人擁有權利平起平坐來商談締約，連締約時被要求的內容都是被此天賦的平等權所導引，即 Dworkin 所說的，人由有要求受到「平等的關注及尊重」(equal concern and respect) 的天賦權利來決定契約的內容。這麼一來，Rawls 的「人性心理學的社會契約進路」、理論上充滿內容開放性的社會契約論，完全被 Dworkin 的「天賦人權進路」扭曲了、摧毀了，根本不用談訂契約了，而是基於實質的權利理論直接可要求應把什麼內容寫在契約上（如果人有此天賦人權，締約者還能逆天而行嗎？）。在 Dworkin 的詮釋方式下，「原初狀況」並非一個訂約的過程，而頂多只是一種「象徵」意義，象徵人人平等，是固有天賦人權的「體現」(Inbegriff)。至此，一了百了、萬事皆休！「反思平衡」似乎也沒有那麼重要了，或者根本就是多餘的、矯情的，既然受到「平等的關注及尊重」的權利被以如此突顯地高舉、強調，則還有什麼必要再去找尋一大堆支持。Dworkin 本身並無興趣像 Rawls 那樣要謹慎地去完成一個價值奠基的使命、一個千古以來哲學家們尚無人能克竟全功的光榮任務及夢想，他把 Rawls 的道路一刀砍得不能再短了，也許他覺得這樣的捷徑不正是簡潔有力、痛快淋漓；然而就倫理學推論的品質來講，實在是太貧乏了。如果 Rawls 浩浩蕩蕩地再次出師祁山的嚐試，真的只是像 Dworkin 這樣的虛晃一招就鳴金收兵了，那真是令人大失所望。Dworkin 「基於權利的理論」(right-based theory) 的詮釋，顯非 Rawls 的本意；而且將價值的奠基訴諸於對某種權利的信仰之上來作為奠基的終點，也應是不得已方為之的最後手段⁷⁹²。

⁷⁹¹ 同上，p. 181. 對此問題學者的闡釋，請參閱，石元康，洛爾斯，台北 1989, 131-132 頁；何懷宏，同註 2, 251 頁。

⁷⁹² 筆者在《由 Nozick 的學說釐清當代「基於權利的理論」(right-based theories) 推論之獨斷性- 兼論司法權與國家強制力之關聯及其運作真相》一文之中（特別是在「結論」中主張，從事倫理學價值奠基的工作時，最後的設定若無法避免，也應盡量將之奠基在一個顯明易見人性事實之上（例如，「人都想存活下去」）可供眾人檢視評論，而不要奠基在天賦權利之上。否則哲學家說人有什麼天賦人權就有什麼，無可再議了，全成了信仰問題了。

11.2.3.3 由「人類珍視自己的尊嚴」之普遍人性，將「原初狀況」作為對實踐此種道德義務的呼籲

在 Rawls 的學說建構不能夠、或不適宜透過前面兩種詮釋方式而被得以成立，則筆者提出第三種可能的詮釋方式，是要將「原初狀況」那樣平等的締約方式視為道德哲學家對人性的呼籲、一個要求**實際上還沒有辦法做到**的人類去做一個應盡的道德義務。茲闡述如下：

Rawls 知道人性卑下，所以他設計的無知的「原初狀況」只希望透過人們按照 A1, A2, B,C 的方式來思考及行為（這是一條本質上只顧慮私利、不要求仁愛的路徑）來建構其學說的開端。只可惜不存在無知的「原初狀況」，所以只能換走 A1, A2, B,C1 這條路，但天性卑下的人類又走不通這條路。

儘管如此，吾人仍可嚐試將「原初狀況」那樣要求眾人給予彼此平等所象徵的「將心比心」、「同情相感」、「大發悲憫之心」、「設身處地為別人著想」、「對他人之人性尊嚴的尊重」之意義，當成一個道德義務，去要求、呼籲人們去履行，即要求人們應不論身分將一切人視為平等，並尊重其不願基本尊嚴被犧牲的意願，去建構一套這樣的制度。

為什麼「無知的原初狀況」可作為一個象徵意義，即「將心比心」、「同情相感」、「大發悲憫之心」、「設身處地為別人著想」、「對他人之人性尊嚴的尊重」的道德義務，而被拿來做呼籲？這是有「普遍人性」作為根據的，它根據於一個難以否認的人性普遍事實，即「一個尊嚴被侵犯者必然感受到痛苦」，而希望避開、想要脫離此種境地、希望強勢者不要再這樣對待他（可見人人都認為自己的人性尊嚴不應該被侵犯）。即使是當一個強勢者在壓迫別人時，你問他為什麼要加諸給別人痛苦，他為了私利雖然無法停止對別人的壓迫，但很可能仍會低頭不語，良心感到內疚，知道這樣做其實是錯誤的；或者是即使那強勢者（當還在得勢之時）真的毫無內疚，一點兒也不覺得有錯，而且理直氣壯地辯稱，他信仰強者有權利歧視或壓迫別人，還講出一大堆道理如「物競天擇」、「適者生存」、「優勝劣敗」、「成王敗寇」...，包括說如果他自己有一天敗了、換成他當二等國民、奴隸、或被送進集中營、毒氣室，被人輕視、凌虐宰割，他也會心甘情願、毫無怨尤、失敗者沒有權利要求被尊重...云云（的鬼話謊話）；但真的要是有那麼一天他失敗了、落難了，他還是覺得很痛苦，他更期盼別人能放過他，若別人給他自由或無恥辱的生命，他將會感到比殺了他或羞辱的生命更感到高興；則這就證明他其實也是認同「人不可傷害他人尊嚴」的；至於他先前說他壓迫別人沒有錯誤的鬼話謊話是不能當真、沒有意義的。

是故，由「人性尊嚴被侵犯必然感受痛苦」、「別人沒有權利傷害我的人性尊嚴」、即「人人都認為傷害人性尊嚴是錯誤的」這一普遍而有力的人性事實，應可以作為一個道德義務的訴求，去要求人類平等待人，並建立一個**能夠到達保**

障「人性尊嚴不被傷害」程度的社會制度⁷⁹³。基本上 Rawls 的第一個正義原則、即涉及普遍的自由權及政治參與及法律、社會地位上的平等，可基於此普遍人性事實被主張。

同理，再進一步，凡是真正處於弱勢情境中者也應皆會渴望社會以財富重新分配的方式來確保其生存的基本尊嚴及對未來的希望，這應亦是普遍的人性事實，則 Rawls 的第二個正義原則，涉及財富重新分配，亦基於此普遍人性事實被主張。

而固然如前所述，因為現實上人性的自私軟弱，例如強勢者即使知道自己壓迫別人不對的、或者亦承認自己若淪為弱勢者亦期待靠財富重新分配而能存活，但當他畢竟還在處於春風得意時，仍因為自私而壓迫別人、亦不願繳較多的稅以支持窮人，但這並不影響我們的訴求在道德上的正確性，所以我們仍可以此繼續呼籲眾人應這麼做。也就是說，雖然人性有其複雜性、軟弱性，人未必能實踐其認為正確的事（這甚至是常態，因為人有自私的「性癖」和「認知到的『當為』」在做拉扯，而且前者的力量往往較強），所以即使「人人都認為傷害人性尊嚴、及對別人的苦難不給予援助是錯誤的」，但也未必能真正做到停止傷害及冷漠。但是這不影響這個命題的正確性。

11.2.3.3.1 以「人類珍視自己的尊嚴」之普遍人性作為道德論證之困難

此一論證可以成立嗎？

在此論證中，「應不傷害他人之人性尊嚴並給予困苦者援助」是被宣稱是奠基於普遍人性事實的道德義務。但當然，就嚴格的哲學檢視標準而言，批評者仍可加以質疑「這真的是一種普遍人性嗎」？如果不是普遍人性，則這個奠基就缺乏堅實的基礎而宣告崩潰！

之前我們也陳述過人性並非普遍崇高，既然如此，憑什麼又在此論說基於普遍人性能要求有此道德義務呢？道理是我們「從反面來講」；即人不一定會同意要尊重他人及扶助弱勢，但人卻是普遍同意不願意被侮辱、且當他實際成為弱勢時認為別人應來幫忙。看來這的確是普遍的人性。

但是立基於這樣的普遍人性的奠基仍然可以被指責為不能成立，因為「人卻是普遍同意不願意被侮辱、且當他實際成為弱勢時認為別人應來幫忙」的普遍人性正好可以被理解為一種人性自私的表現而已，即反而是證明人性的普遍自私，所以更不能證明基於普遍人性可以證立「應不傷害他人之人性尊嚴並給予困苦者援助」，而且正好是證明其所欲證明的命題之反面。故這個論證不能成立。

總而言之，除非指出人性（不論是強勢者或弱勢者）普遍是充滿無私大愛的、

⁷⁹³ 「痛苦」即人類想要避免者，或是不想實現者，即「惡」。故，人不想讓一個會帶來痛苦的制度（即傷害人性尊嚴的制度）實現，換句話說，即應該要追求、實現一個「不傷害人性尊嚴」的制度。

如此信仰並如此實踐，否則無從證明「應不傷害他人之人性尊嚴並給予困苦者援助」是人類的道德義務。故這個論證是失敗的。

11.2.4 「正義兩原則」的尚未完成其作為現實社會道德義務的奠基

事實上 Rawls 也正是要避免以人性的崇高去證立正義的兩原則，他提出無知的「原初狀況」之 A1, A2, B,C 的路徑而達到一種正義的社會，只是基於人性的自利自保、「擔心自己」、「為自己準備個保險」的理由而已，缺乏崇高的動機，即這種正義制度並不是自始訴諸於崇高的道德情操，而是訴諸自私，其之所以成為「道德」義務，是因為一旦大家簽約之後就要信守承諾，是在遵守承諾的意義下成為「道德的」義務（因為違背承諾是不道德的）。這雖然是一個社會契約論的道德義務奠基，但在「原初狀況」並非歷史事實的情況下，又如何在現實社會中被證立呢？

而如前所述，Dworkin 改採用一種「權利理論」的進路來解決此問題，即他提出人有要求“equal concern and respect”的天賦人權而將之解決了，顯然很有崇高的道德氣味；但筆者認為這種以「天賦人權」、以「信仰」來「抄近路」、簡短地了結一切的方式，只是讓 Rawls 的學說顯得更獨斷、更喪失精采，與其說是一種創新詮釋，不如說是一種腰斬。而筆者在註腳 24 也主張，若倫理價值的論證終有其不可避免的終點，應讓終點落在一明顯的人性事實之上，這樣尚可供眾人玩味體驗思量（雖不一定人人的感受會相同）、爭辯亦有所依循；而不要終止在「天賦某種（隨便哲學家講的）人權」之上。

11.4 正義兩原則在現實社會的被證立

11.4.1 「善的單薄理論」— 缺乏道德崇高性考量下所達成的正義社會

雖然「原初狀況」不是歷史事實、人在現實世界中也不可能無知、也不會在無知之幕下訂契約；但是我們看見，現實世界上，已經實際存在了許多像 Rawls 所描繪的那樣的實現兩個正義原則的制度了。它們是怎麼誕生的？

沒錯，它們絕對不是因為強勢者們能簡單地克服私欲而自動放棄壓迫他人的特權而讓正義的制度誕生；而是基於更多重、複雜因素共同作用才能夠產生這樣的制度。今日，世界上實際存在了這樣的制度（讓強勢者必須自我克制、並將自己的部分所得分給弱勢者以保障他們起碼有尊嚴的生活），依筆者之見，是基於下列三個因素的綜合作用而成的：

甲、的確有懷抱人道主義的人（包括強勢者之中也有少數的這種人）自願

贊同、且實際追求這樣的制度。

乙、生命的不確定性，使得即使是處在目前無憂且風光的生活情境的人，不得不恐懼、考慮人生無常、有一天淪為弱勢者；因此必須留一條保險的、萬一不幸發生時的退路。因此也就願意支持這樣的體制，這是一種無奈。

丙、弱者抗爭的結果及勢力。這是現實力量鬥爭的結局，也繼續在現有時空的條件下進行鬥爭。強勢者處於這種制度的拘束，是現實力量的問題，是姑且、不得已的接受而已。或者從雙方面來說，是雙方都可能不滿意下，不得不做出的「無奈的妥協」⁷⁹⁴。

上述的「乙」及「丙」兩個要素，都是很現實的理由而已，並不具備什麼道德上的內涵與光輝。我們說過，現實世界上，人類不可能以「自願樂意」的方式走 A1, A2, B, C1 的路去達到建立一個符合兩個正義原則的社會；但是，人類卻以「不自願也不樂意、但無可奈何」在「A, A1, → (甲, 乙, 丙之綜合作用)」的情況下，在現實世界實際建立了符合兩個正義原則的社會。這樣在現實世界讓符合兩個正義原則的社會誕生的過程，雖然和在無知的「原初狀況」下誕生的符合兩個正義原則的社會的因素不是全然相同，但是仍都有宗旨相通雷同之處，例如「乙」這個考慮要素是在 Rawls 的「原初狀況」中也有的，而在「原初狀況」中，無知之人是因為其無知，才考慮這個要素，但在現實世界中，有知之人是因為懼怕「人生無常」（也是某一種意義的無知，即對未來的不可預知），而考慮這個要素。至於「丙」，在「原初狀況」中沒有實際的這種力量存在，頂多是一種擔心，但在現實世界中，它是確實的一股力量，逼迫強者讓步。

所以，我們可以得到一個小結：現實世界實現了符合兩個正義原則的社會的過程和 Rawls 所描寫的「原初狀況」實現符合兩個正義原則的社會的過程，有旨趣相通之處、有相似的人類心理做選擇的過程，即「非道德的因素起了決定性的作用」、「正義的社會不是（或主要不是）由為了實踐道德的動機而促成的，而是起於相互牽制、無奈的妥協」⁷⁹⁵。

然而，筆者接下來要論述的正是：這樣一個「不藉由崇高的動機、而是出於無奈，但最後卻達到正義的結果」的現實，證立了正義兩原則成為「道德」義務；如前所述，這種道德義務的證立並不是自始訴諸於崇高的道德情操，而是訴諸自私，其之所以成為「道德」義務，是因為一旦大家簽約之後就要信守承諾，是在

⁷⁹⁴ 有關法律狀態為什麼能夠誕生，有沒有辦法逼迫強者到做出「無奈的妥協」的程度是一個關鍵點。對此一最根本的法理學問題，請參閱拙著《試以哈特的分析法學解決國內法與國際法拘束力來源之永恒難題》的第2大段全文。

⁷⁹⁵ 眾所周知，連 Rawls 的這個對於人類基於自利自保心態而做出的無奈的妥協下所選擇的正義兩原則，都被批評為對人性的設想太過武斷了。如學者 Adina Schwartz 所評述的：「人的動機之諸種模式顯得如此地分歧，以致於任何運用有關動機的『事實』去抵達某一個實質的人類的善的物資的主張，看起來都包含了一種對人性分歧而仍讓人爭執不休的觀點（Adina Schwartz, *Moral Neutrality and Primary Goods*, in: *Ethics*, Vol. 83. (1973), p. 294–307; p. 301)」。例如批評 Rawls 把人性想得太保守、如果是「賭徒個性」的人才不會選擇 Rawls 的正義兩原則...云云。這個問題，涉及最終的對人性的理解，而依筆者對人性的信念，即筆者基於「人性渴望有自我實現希望的人生」的普遍人性事實，這種批判沒有說服力。人會選擇如同 Rawls 那樣，有才能者能出人頭地、但又能確保一旦不幸成為社會中的最弱勢者仍能有尊嚴及盼望的生活，對筆者而言，是有說服力的人性普遍事實。

遵守承諾的意義下成為「道德的」義務（因為違背承諾是不道德的）。

但是，這樣一個原本是基於自私動機且無奈的心情下而被建立的正義制度，對於促進更進一步「**人性的提昇**（更加願意克服私欲實行正義的制度）」、對「**更鞏固正義的制度**（非出於現實的「無奈的妥協」之理由而已、而是真正歡欣去支持）」、對「**讓正義的制度更加廣為傳佈**（一樣是非出於現實的「無奈的妥協」而已，而是真正歡欣去推行）」將是有幫助的！

這個道理，就要由 Rawls 《正義論》一書的第三部分的思想來談論起。

11.4.2 由善的生活發展出認同人性尊嚴的道德情感

在《正義論》的第三部分 Rawls 認為：「善」（good）即追求盡量的自我實現。「...一個人的善就是一項合理的生活計劃的成功實現」⁷⁹⁶。Rawls 在此是使用 Aristotle 式的語彙，他說：「人們享受他們已經獲得的能力（天賦的或從被訓練出來的能力）之運用」⁷⁹⁷。而在為了追求自我實現（即追求善）的過程中，人會發現，他需要擁有一些「基本善」（primary goods），而能擁有越多的「基本善」，則越容易自我實現；所謂「基本善」，即「自由和機會、收入和財富，以及最重要的自尊...」⁷⁹⁸。而“goods”在此，當作名詞，即有「善」，而同時又有「利益」及「物品」的意思，即「有利於幫助人實現善的物品」，就是「建構和實施一項理性的人生計劃所必需的」⁷⁹⁹。換句話說，就是在一個依照兩個正義原則被建立起來的社會制度中能提供給人們的東西。亦如 Kukathas 與 Pettit 所說的：「原初狀態的人們選擇這兩個正義原則，就是為了增進他們對這類基本善的分享」⁸⁰⁰。

當一個正義的社會制度被建立、沒有完全喪失尊嚴的奴隸階級或被棄置不顧永無希望的弱勢階級，而是人人都有自我實現的希望、人人都可以追求其合理生活計劃的實現，而且都能獲得充分的「基本善（物品）」以供其自我實現，此時，人們就會更相信、更熱愛、更支持這個制度，也不會生起破壞或背叛這個制度的念頭，甚至會制止他人對這個制度的破壞；則正義的體制將會更加穩定。如 Rawls 所言：「...一個被良好地組織的社會也是一個由它的公開的正義詮釋來被規範的社會。這個事實意謂著，它的成員們有一種按照正義原則的要求來行動的強烈的、且通常是有效的慾望。...當制度...是公正時，那些參與著這些社會安排的人們就會獲得一種相應的正義感、和參與貢獻己力去維護這種制度的慾望。...而更能制服破壞性的傾向」⁸⁰¹。「...當這個人認識到他所關心的那些人都是這些社會

⁷⁹⁶ Rawls, 同註 9, p. 433.

⁷⁹⁷ 同上, 426.

⁷⁹⁸ 同上, p. 433.

⁷⁹⁹ 同上。

⁸⁰⁰ Kukathas/Pettit, 同註 4, 62 頁。

⁸⁰¹ Rawls, p. 454.

安排的受惠者時，他就會獲得相應的正義感」⁸⁰²。

Rawls 在此的論述，一來是要論述個人的善和社會的正義是一致的（有了正義的制度才有個人的自我實現可言，而個人的自我實現強化了個人對社會制度的相信與支持），二來是指出藉此正義的制度之「穩定性」將被確保。

一開始，依 Rawls 的詮釋，人只是為了顧念自利自保而選擇了正義的兩原則，人之所以這樣考慮，就是為了要確保能夠自我實現，而自我實現需要依靠獲得「基本善（物品）」，而依照正義的兩原則所被建立的社會提供了獲得了「基本善（物品）」的保證。因此《正義論》的第一部分、討論兩個正義原則在「原初狀況」中的被推出只是源於個人自私地關心自己合理的人生目標能夠實現而成的，和崇高的動機無關，故被 Rawls 稱之為「善的單薄理論」（thin theory of the good）。這和實際世界中的人類經由「A,A1,→（甲,乙,丙之綜合作用）」而達到符合兩個正義原則制度的社會是精神相通的，故現實世界的情形也是符合「善的單薄理論」的意涵（即人類不是藉由崇高的動機、而是基於無奈、自保...，但卻達到建立正義的社會的結果）；所以 Rawls《正義論》的第一部分還是很有價值的，因為經過一點修正及補充，它還是可以貼切地描寫現實世界實際誕生符合正義兩原則制度的過程。

到了人實際由提供「基本物品」助人自我實現的正義制度中享受到實現生命計劃的樂趣之後，人對此正義制度的正確性深信擁護不移，也可以說其「正義感」加強了、本身擁護遵行這個體制，同時也不容許社會其他成員破壞這個體制；故，人會有一種視遵守此體制的行為舉止為道德，而視危害此體制的行為舉止為不道德的「道德情感」（moral sentiments）出現。「由於正義原則已被人們所選擇，... 每一個人都了解，在社會中他將要求別人具有支持這些尺度的道德情感。因此，我們也可以換一種說法，一個善人具有良好地被組織的社會中的成員們可以合理地要求於其同胞的那些道德品性之特質」⁸⁰³。總之，我們將依此正義體制的價值建立起道德觀並要求他人也嚴格遵守，對於違背此體制加諸的義務的行動者，我們在道德情感上必將厭惡之、並將視之為不道德而起身制止之、懲罰之。發展至此，Rawls 所稱的「善的充分理論」（full theory of the good）已告完成。

11.4.2.1 道德情感之高度發展與「尊重人性尊嚴」作為道德義務的證成

Rawls 學說的真正偉大創見，是在《正義論》的第三部分，雖然它是被忽略的，被忽略的原因是因為學者們都認為第一部分既然已經完成奠基了、第三部分只是補充。然而就中國哲學重視道德心開顯的傳統來看，西方哲人能寫出這第三部分，是一個清新的手筆。

筆者認為其意義在此：由「善的單薄理論」可知，正義制度的建立原來也只不過源於人類自私的動因所做出的無可奈何的選擇（妥協）而已，但是一旦人

⁸⁰² 同上，491.

⁸⁰³ 同上，p. 437.

類生活在其中，享受到了這種制度提供的善的生活，則會發展出對此制度的價值之真正熱愛與擁護、認同其價值。也就是說，人類發展到一個類似 Rawls 所描寫的社會，其中許多人固然當初是心不甘、情不願地在「無奈的妥協」下進去的，但是無論如何終歸是進去了。一旦進去之後，道德情感將得到進一步的發展，轉而真心認同這樣的體制、鞏固了這一個正義的制度。則一開始人類沒有以自願行動的方式進入這個體制又有什麼關係呢？就好像一對男女是基於無奈而結婚的、並非自願，但生活在一起之後體會到生活的美好而發展出強烈的感情，這有什麼不好！而筆者認為，最重要的，是它的「擴散作用」，一個社會的人實行這種制度而得到其人民的支持後，也得到其它社會的嚮往與學習，並獲得越來越多的認同者。社會福利制度在世界的傳播就是例證。就算是在經濟蕭條時，基於財政的現實理由而對福利制度有所修改之議，也不是否認這個制度的意思。

也就是說，在《正義論》的第一部分推出正義兩原則時，只描述人類建立一個符合正義兩原則的社會只是基於一種無奈妥協的人性現實選擇而已，是沒有崇高意涵的、只是「善的單薄理論」。真正使正義兩原則成為自我主動加諸自己的、基於悲憫之心的道德義務，是繫於在正義社會中人性道德情感的發展，即在實踐中有此體驗者在悲憫之心發露下自己認定的、自我加諸的道德義務。一個正義的社會，將有助於廣大的人民達成此體驗。

讓筆者在《正義論》第三部分中最想關注的，是有關「仁愛」、「悲憫」的道德情感在正義的社會之環境下發展的可能性。但是，很可惜，坦白說，Rawls 本人對「仁愛」、「悲憫」的道德情感之發展的可能性，頂多能說是「點到為止」，沒有更進一步地用輝煌的文字鋪陳發揮，原因可能是他畢竟是一位西洋人，其做道德論述，也僅僅止於冷靜沈悶的系統性概念推理陳述而已（要像 Kant 那樣在冷靜的概念推理陳述中，還偶爾會發出震人心弦的崇高清新言語者實不多見矣），也不會很敏銳地去把握善心「開顯」的問題；而二手資料的論述，當然也未超越 Rawls 的本意。唯一例外而有注意到此一情操的學人，是趙敦華教授，其特別側重在正義制度的環境下會有助於培養出人類對他人的尊重、愛心...等等人道主義情操，促進人性的向善。其對此的側重強調、注意並突顯這個問題，讓筆者深深敬佩⁸⁰⁴。

筆者認為，「仁愛」、「悲憫」的道德情感之發展的這個問題是極為重要的，因為如前所述，人性是如此的自私不堪，雖然最後人是基於其它理由還是進入了一個人道的社會（但並不是基於大家都樂意的契約，而毋寧最主要是靠著被壓迫的階級在歷史上血淚斑斑的犧牲奮鬥），但是重點是，我們希望：從此之後，在這樣的社會中不需要再持續艱苦的抗爭才能夠繼續獲得人道的對待，也希望更多的人宣揚這樣的理念讓尚未實行這種理念的社會也跟進，就能達成正義的制度擴張於世的目的。而如果世界上有更多相信人道主義、被培養出「仁愛」、「悲憫」的道德情感，這樣的目標就能被更輕易地實現，而減少許多的抗爭！

而正義人道的社會，正是培養這種人道主義情操滋長、讓人性向上的溫床；

⁸⁰⁴ 請參閱趙敦華，同註 111, 94-95 頁。

反之，沒有具備人道關懷、保障基本安全感的社會，將是最不利於仁愛的道德情操發展的社會：一個過著暗淡無望的悲慘日子的弱勢者可能憤世嫉俗、鋌而走險；就算是目前暫時並沒有生存危機的人也會擔心，因為不知道自己哪一天會出任何意外、或是年老之後是否會孤苦無依，因此現在有機會的時候盡量索賄貪污、或自私自利，不惜害人以利己。而受害者心有不甘，將來輪到他有機會時，又復次以此不平衡的憤恨心態去凌虐別人，以發洩其被前人凌虐的報復欲望。可見若沒有建立一個良好的社會制度來解決人類對自己淪為弱勢的憂心或已經成為弱勢者對社會的憤恨不滿，則將會對社會的良好運作及人性良知的健全發展造成嚴重的負面影響。

也就是說，一個無法確保人性最基本渴望安全、尊嚴、及希望的社會制度，將會造成人性的向下墮落；而同情心、友愛等高貴的情操都將被詐欺、冷酷、甚至剝削所取代；人人為求自保、或者是已經陷於絕境的人，將做出加害於他人的事，這種社會將不是一個祥和穩定的社會，而是充滿著殘酷冷漠、暴戾之氣、人與人處處互相提防、也互相加害的社會。三十年前，台灣的社會若聽到病人被抬到醫院門口，因為沒錢而死在醫院門口，也不算是什麼新聞，而在那個時代氛圍下，「你付不出錢所以我何必醫你，任你死活」，有些醫師也不會覺得羞恥，甚至覺得天經地義，他人的死活怎會跟自己有關呢？我開醫生館就是要作生意的！難道要我賠錢？

但這在今日則令人覺得不可思議。

又以留學讀書為例以茲闡述人道慈愛的環境對道德情感發展的重要性：異樣的學習制度、文化、與語言，都構成留學生生命的不安與艱苦，而教授對學生就學術水準的層面當然應該始終堅持一絲不苟、毫不退讓的嚴格要求、永不妥協，但是沒有必要因一己自私或冷淡傲慢在其它的方面還增加學生無比的生命困難。然而，權力極大的教授，可以不顧慮一個留學生的時間（年齡）、金錢、與學習困難的壓力，過他自己的日子，當暑假到了，可以去西班牙度假兩個月再說、學生交出論文的其中一章給他請其閱讀指導，可以因為忙碌所以放上五個月再看...。一個人可以去理會別人的困厄艱難（反正那是你的事，與我何干，而我反正已經熬出頭了、是德國的教授了、生活優游自在、騰雲駕霧了...），雖然，教授這樣也並沒有積極地去侵害學生，但教授「卻也可以」願意去顧慮別人的艱難困苦，只要付出些許愛心、願意犧牲少許自我，就能帶給學生的生命境況極大的好轉、極大的差別。所以，如果一個人生命中如果親身體驗過、或看過周遭的朋友處於那樣的困厄甚至精神幾乎失常，又體驗過蒙受有愛心美德的老師的體恤慈祥，因而受惠而一生有更好的發展，必然感佩老師偉大的人格及感激之餘，也會發願將來自己若當了教授也願意將所受之於老師的與愛心以同樣的方式拿來對待自己的學生。這樣的美善，就會傳播擴散下去，讓更多未來的青年學子受惠，寫成人性光輝的一頁。

若是人人有一種「不忍人之心」、一種悲憫與同情相感，就不會忍見別人於痛苦困厄中，而仁愛的氣氛一旦播散，就會形成一個良好的環境。一個正義人道

的社會，是讓許多人「蒙受恩惠」的，例如許多弱勢的小孩將因為有幸生長在這樣一個環境，可能在其天賦及努力之下而改變其命運。也許你自己就是受惠者之一，而將來成功之後也會非常欣喜樂意繳多一點稅幫助窮人，而不會像古典自由主義者那樣馬上跳起來哇哇大叫：「這侵犯了我的基本人權」！

人們高貴的人性面向，都易於在人道樣的環境中成長，而讓這個社會的確顯示出較高的文明氣息。正義的社會，本來其所依循價值就是人道、悲憫、慈愛的，而相應的道德情操在這樣的環境中發展，是極其自然的。「道德意識的培養需要一定的社會條件和環境，包括教育的手段；...道德意識不是從外部強加於人的，而是人們自身所具有的屬性在和諧、公平和正義的環境中的自然流露」⁸⁰⁵。

「因為蒙受恩惠而相信施恩是自己的喜悅、義務」的道德情感的發展，可以使得正義兩原則由源於「無奈妥協」下而成的「道德」義務，變成由普遍悲憫之心而自我加諸的道德義務（而非只是個人自利自保考慮下的產物）。當普遍的人性都這麼感受、這麼認為時，就發展到「善的充分理論」的階段，即人類接受正義社會的恩惠而熱愛信仰其價值之後，其人道、悲憫、慈愛的道德情感發展完全，他不再是因為自利自保考慮而贊成這樣的社會，而是因為悲憫、慈愛的道德義務所充滿、所推動，而認同這個體制的價值，當然也視「財富重新分配」（即幸福者對不幸者的扶持）為一應盡的道德義務，他們被感動、也願意去這麼做，並以沒有這麼做而感到愧疚、羞恥。

是故，Rawls 在《正義論》第三部分由「善的單薄理論」發展到「善的充分理論」，才是他的學說空前的、清新的創見；也如他「反思平衡」法所追求的，最後開展出來的結果，牢牢地支持他原初的「慎思的判斷」；而且有以「留待實踐、體驗的事實來繼續說服反對者（如古典自由主義者）」的餘地，不止是理論的論證，且以期於實踐體驗再加以充實完備、再企圖勸服反對者，這在西洋哲學史中有所創意，這才是論證的完成。

當人在這樣良好的環境中成長後，如果「社會契約」如筆者在註 16 的觀點，可以被理解為在現實生活中由這一個社群的人們不斷的互動來表示不斷地訂立社會契約，則當人性發展到更好的境界後，這個正義的社會就真有可能不再是依循筆者所列的「A,A1,→（甲,乙,丙之綜合作用）」的「無奈妥協方式」而產生的；而在未來，是真的是依人性自願的協議及履行，即依 A1, A2, B,C1 的方式而產生！則這將是一個人性已被本質性地向上提升了的社會⁸⁰⁶。

⁸⁰⁵ 同上，142 頁。

⁸⁰⁶ 對於少數不願依「A,A1,→（甲,乙,丙之綜合作用）」而妥協、或者也沒有在正義的社會制度中被培養出此種道德情操者（例如古典自由主義者），的確他們並不是這個社會契約的締約者，而是被此社會契約所創立的法律制度所強制者、即 Hart 所謂的持「外在觀點」者；他們自然至少會在合法的方式內（如著書立說）持續地發聲，對此制度表示異議，例如 Nozick。但就法律秩序運作的觀點而言，少數的異議者是無足輕重的、不會影響（依正義的兩原則被建立的）法律制度的運作順暢及穩定性。如 Hart 以社會學的角度，即「內在觀點」與「外在觀點」之說對法律的「效力」（validity）與「實效」（efficiency）的說明，這點已經很清楚。請參閱拙著《試以哈特的分析法學解決國內法與國際法拘束力來源之永恒難題》；另外如《法學方法論與德沃金》一書的「附錄」，及拙著《由 Jakobs「仇敵刑法」之概念反省刑法「規範論」傳統對於抵抗國家暴力問題的侷限性——對一種導源於 Kant「法」概念先天性信念之思想的分析與批判》

11.5 由「義務論」與「目的論」之對立，反省實用主義「教條主義」批判之問題

在探討完了人性尊嚴的奠基之後，在本章最後這裡，是對 Posner 高舉「實用主義」的大旗對法律所遵循的傳統道德價值批評為「教條主義」或「本質主義」做一回應的適當時機了。

在倫理學的傳統，有著名的「義務論」(deontological theory)與「目的論(結果取向論)」(teleological theory)兩大陣營的對立。「義務論」認為實踐一項道德規律本身就是善，而不論其帶來何種結果，即行為的價值不取決於其結果、而在其被實踐本身，例如，「不可說謊」。反之，「目的論」則應先決定什麼是其所認定的善，而後一切行為只要能達成這個目的的就是善，只問結果、不顧手段；功利主義及法律經濟分析(財富最大化哲學)都是最典型的目的論⁸⁰⁷。

「義務論」與「目的論」的對立是被誇大了；在沒有任何一個哲學家會否認德性是為了促進行為者本身及他人的福祉時，不可能有一種不顧後果的「義務論」，否則我們要這個道德義務做什麼？一個哲學家要求人民都要誠實，他必是嚮往一個人人誠實的社會所帶來的人人免於經驗被欺騙的痛苦之愉悅氣氛。「義務論」被批評，往往只出在批評者沒有理解「義務論」所意旨的一項道德行為的善的後果是指什麼。還有，「義務論」若在面臨實行一項義務所代表的價值會產生和另一種義務的價值相衝突時沒有好好解決價值次序的問題，則會遭到批評(例如履行誠實的義務及保護他人生命的義務會相衝突)。但第一，這不表示「義務論」不以幸福作為其目的；第二，「目的論」所設定的目的，如果是太過具體、特定的事物(例如「社會財富總量最大化」)，則反而會陷入極為僵化、教條、單一、窄化、在許多情況產生極為奇怪不適的結果之情形；就此而言，功利主義(雖有眾多的缺點)，但用模糊且涵蓋一切的「效用」、「幸福」為目的，反而比 Posner 僵固的「社會財富總量最大化」要靈活變通得多。

又以法律應保障人性尊嚴為例，「實現人性尊嚴」更不是玄虛飄渺之空的義務。「人性尊嚴」是直接產生快樂與痛苦的事物！例如種族隔離、黑人子女不能與白人小孩同校，黑人想租屋、看到租屋廣告上寫著「拒絕黑人」，因種族因素而沒有平等參政權...，這種屬於 Rawls 第一個正義原則(普遍的自由權及政治上的平等權)範疇之項目的尊嚴之得喪，就像財物的損失可直接產生痛苦的感覺一

第 3.4 段。而在「善的充分理論」所描述的狀態下，反對者是極少數，因此弱勢者不需要付出辛苦的抗爭才能夠得到有尊嚴的生活。

⁸⁰⁷ 正因如此，法律經濟分析學派不可能遵守既有法律的約束，即不會重視法的安定性本身之價值。如果其遵守判例，那只是因為剛好在這個個案中，依照判例正巧會得出符合其所欲的結果而已，並不是為了法的安定性本身而這樣做。如 Posner 所言：「實用主義會把依據先例而判(即人們所知的『遵循先例』學說)，當作是一個政策，而不當作一種義務」(OL, 4)。

樣。

至於屬於 Rawls 第二個分配原則所意含的「財富重新分配」，如前所述，是使許多（特別是窮苦的人）獲得「基本物品（善）」、有希望實現其人生的合理計劃而生命覺得歡愉振奮的來源。使這些人知道有翻身的、不是注定做社會底層永不見天日的一群，則其才會感受到自己是有尊嚴的。

因此法律若將「人性尊嚴」的實現視為目的，一點兒也不是固守什麼沒有指向好的、沒有令人可感到歡愉的結果的空泛「教條」；而是當然是為了提升社會成員之幸福為目的。反而是「社會利益」、「社會財富總量最大化」，固然也是為了提升社會成員之幸福為目的，但是其粗略的手法，對於「如何在社會財富總量變大之後讓眾人都一定成為受益者？」、「為什麼追求社會財富總量變大的過程中已經是弱勢者的還要被犧牲？」、「其當下的生計問題怎麼辦？」、「被犧牲者何時得到補償？」、「如何充分得補償？」、「原本有法定權利者在個案中法官突然改弦更張把他的法定權利取消，使他措手不及損失慘重，這樣公平嗎？」、「沒有法的安定性人民還要法律（包括訂契約）做什麼？」、「人類個體及全體的善或幸福只單單由財富一項構成嗎？」...等等問題皆說不出個所以然來，則其固守「社會財富總量最大化」為單一的目的，只一直說這樣「最好」，但到底有什麼好？這才真是如同奉行「教條主義」的程度。

11.6 小結

至此，筆者基於由 Rawls 哲學的啟發，特別是基於未被充分注意的《正義論》的第三部分「善的單薄理論」到「善的充分理論」之啟發及擴張，試圖對正義兩原則的成立由原初只是人類自私考量下無奈妥協的結果、缺乏崇高的動機，如何演變為人類樂意自我加諸的道德義務。希望引發世人對人性尊嚴價值問題重新思考的興趣。

第十二章 結論

12.1 科學帝國的美夢與實相

在審視過法律經濟分析學派以「社會財富總量最大化」的尺度處理諸種事態之後，從本書的第 10.4 大段起，以及整個第十一章，我們可以說已經開始在做一個下結論的工作了。至此，我們其實已經由宏觀的角度，對法律中的經濟學進路、「經濟科學帝國」擴張的理想，做出了清楚的評論。

那麼，在這章「結論」之中，我們可以簡要地再回顧具體的事例，就事論事，

重新反省經濟效率的單維觀點之**適用性**究竟如何？以佐證稍前宏觀角度下所下達的結論。

就「經濟學進路」或「經濟科學帝國」而言，其最大的雄圖是「以經濟學的價值指導非市場的生活領域」。而這究竟將會讓我們的生活演變為怎麼一回事。以 G. S. Becker 的學說為例，我們就可以一目了然，讓我們了解原來經濟學指導「非市場的領域」會得到什麼結論。

Becker 的實證分析揭示出：在某些情形之下，某（些）人對另一（些）人採取歧視將會增加或減少某（些）人的收入，而總體相加當然也就影響整個社會的財富總量。但 Becker 在分析完了之後，因為「歧視」問題的高度敏感性，他警覺地不敢主張個人或社會財富的增加是一種絕對的、唯一的、至上的價值、乃至依此就可以忘掉其它一切價值去追求之；Becker 在其初試啼聲之作中，毋寧只是謹守實證分析的本分，告知世界的真相而已，但他有意避免對實踐的問題發表意見。

然而，Posner 一接收到這個研究成果的訊息，就直接變成了「財富的增減是允許或不允許採取歧視的標準」。於是，財富若能增大，種族隔離、種族歧視的廣告...都是理性的，因為追求財富最大化是理性人的行為模式；或者如果人們依此為了增加財富而歧視，至少也沒有理由反對其歧視行為（更談不上用其它的價值觀去勸他放棄這種行為了），因為其理論架構中也不存在其它價值觀可以被加進來共同被衡量、綜合討論的空間。

而 Becker 後來在研究犯罪問題時，提出「低懲罰率」與「高罰金」的組合這樣的刑事政策；由他這種想法我們就可以知道，經濟學家若由其純經濟效率的單維角度來思考問題，則其眼界是何等受到侷限、故其思維便可能導向荒謬、不合理的結果；也就是說，這種純經濟效率的思考方式，根本不懂刑法「罪責原則」的倫理正義意義⁸⁰⁸。

12.1.1 經濟學進路的適用性範圍

這種單維思考的進路，在傳統民法中都會出現問題，例如侵權行為法，因為，如第七章已詳述，涉及的精神及肉體健康及工作機會與能力、甚至生命的損害或剝奪，這些又不一定有市場的價格，即難以用金錢做完全的填補，亦難以計算，因此訴諸潛在加害者以較高的道德標準做預防的投資，是有其道理的；但是法律經濟分析卻無法周全的顧及這些面向。故如先前已引述的王澤鑑教授的批評：「傳統的侵權行為法植根於個人的道德性，其所著重的是個人間的公平，而非在增進廣泛的社會政策或福利。...綜合言之...過失的認定亦應考量經濟因素，誠有必要，然侵權行為法的理念在維護個人自由並合理地分配損害，非僅為成本效益的微積

⁸⁰⁸ 請參閱本書第九章註腳 47。

分，不能使侵權行為法上的善良管理人成為冷血、精於計算的經濟人」⁸⁰⁹。

而對於嬰兒的收養，是否全由市場法則決定、即誰出價最高誰就買到。這個問題，不得不考慮（包括運用心理學的研究成果）其它因素，例如這樣被買去而成長的小孩在成長之後其「尊嚴感」上的自我感受究竟如何？故這個問題也沒有以經濟效率單維的觀點遽然下達結論的道理。

至於在其它「非市場」的領域，如刑法之中，在「促進財富最大化」的政策單面向考量下，「刑罰與個人罪責相符」的關注消失無蹤，「低破案率配合盡可能重的刑罰」所產生的既省錢又有高嚇阻威懾效果的刑罰政策被 Posner 認為是和「抽獎摸彩」一樣公平正義、無可抱怨的刑法制度。

而在訴訟法上，既然關心的只是經濟效率、而非個人權利的保障，則對於花費高昂的社會成本去處理「只涉及私人間財富移轉、而不影響社會財富增減」的案子，國家應盡量阻撓人民來打這種官司。

經濟效率的觀點能被合理適用的案例，是需要被審慎檢驗的。基本上，第一種情況，是它只能用在純粹財富上的事例，或者完全由當事人自願達成補償的案例中。例如違約，如果違約者能藉由司法或另訂新契約取代舊契約（則這其實就不是違約了），使得無人預期的利益受到損害。

又例如 Posner 所舉的例子，政府看到飲料消費者亂丟空瓶，因此採取辦法來促使消費者會交回空瓶。如果這些辦法所花費的成本大於原先解決飲料消費者亂丟空瓶的成本（例如僱用清潔工、以及髒亂所引發的一切成本，包括生活品質降低帶來的痛苦感），則當然就是無效率的、也沒有必要採取這種回收政策⁸¹⁰。這是一個極簡單的、可以適用經濟效率分析的事例。

或者在侵權行為法上，我們見到對於製造疫苗的廠商若是已經運用了最高科技、做過最周詳充分的試驗、亦得到政府主管部門的許可上市販賣、亦有適當警告標示，但是施打疫苗的嬰兒就是一定會有極少數會出問題，但若沒有這種疫苗則社會上會有更多嬰兒喪命，則在出事時，法院讓藥廠賠到關門並造成沒有人敢想再製造疫苗，當然是不智之舉，因為在此衡量的是救更多的生命；理性的辦法是對嬰兒受害者建立保險制度（無過失補償），又若非傳染病，嬰兒之家長可自由決定要不要承擔極輕微的風險讓小孩施打疫苗。

12.2 效率與平均問題的反省

在本書第三章的探討中曾經提出，針對法律經濟分析被批評為掉入了和他所激烈批判的功利主義一樣，只重視社會福祉的總量，而無法解決分配問題；甚至更駭人聽聞的是為了增大社會財富總量，不惜隨機在個案中揚棄個人的法定權利。

⁸⁰⁹ 王澤鑑，侵權行為法，台北 2002，300 頁。

⁸¹⁰ 請參閱 EAL, p. 417.

有些法律經濟分析的學者，對此責難試圖提出一個的辯解，即他們認為藉著司法，讓法官先只管「把餅做大」，而後對於財富重新分配的問題，再交給國會議員去決定就好了⁸¹¹。

筆者認為，除非權利受到侵害者受到完全的補償，即事情最後是顯示出一種符合「帕累托改善」的情形，則這樣的做法才擁有正當性；例如在農田旁邊建立一座工廠，如果法官認為工廠的產值遠大於會被摧毀的農作物之總價值，則在工廠可以生產、續存之下，政府的立法規定：在這種情形，工廠仍須負責讓農夫的生活福利不小於原來耕作生活的水準。但這裡當然又衍生種種額外的難題，第一即「福利」難以估算的問題，因為受損的往往不止是農作物而已，還有生活環境品質、健康、工作的成就感...；這些損害如何「定價」？農夫本身可以參與議定「價格」嗎？則這一定又產生交易成本的問題，又最後談不出結果要怎麼辦？由政府說多少錢就算數了？則這樣沒有侵犯人權嗎？這樣解決方式實在也無法帶來和今日污染問題紛紛擾擾的情況有什麼本質性的改善的結果。而且，更根本的是，如果工廠有能力填平農夫的「福利」損失的話，這個問題早就可以由當事人自由協商解決了，還需國家立法嗎？

在此，我們是想考慮一種比 Coase 及 Posner 的方式更周全、更人道的立法方式，因為 Coase 及 Posner 是將權利完全懸置的，而後視誰最能夠創造較大財富，誰就得到作為私有財產權的污染權；如果是這樣，則沒得到權利者，是完全無任何請求權。但這種方式，顯然農夫既然先在此地謀生，其原本的生存權利是被確認的，因此只有工廠覺得其生產的獲利再填平農夫的「福利」損失後，做這個事業仍有利可圖，他才會做下去。但是顯然我們這個新的想法仍是不可行的，因為如果農夫真的覺得自己的福利損失可被填平，事情早就可以雙方協商自願解決了。任何需要公權力介入的，都表示當事人至少有一方覺得其還是受到委曲的，則這不是一種「帕累托改善」的解決，至少兩造的其中有一方不會認為是。

又在第六章契約法的例子中，我們談到 Posner 為了增大社會財富總量，不惜隨機揚棄個人的法定權利保障，即法院竟然撕毀私人之間訂立的契約；此例是：張三是剛進入某一行業的新手，他允諾在「十二日」交貨給李四，李四以為是本月十二日，但張三卻是意指下個月的十二日。這個「雙方錯誤」(mutual mistake)的案例中，在英美法中是使得契約無效。但如果該行業存在著一個習慣，即若是沒有指明月份就是指當月份，則情況就不同了。吾人在既有的判例中皆是遵循「在契約及法律中都無規定時依從習慣來解釋當事人的意思」的原則；所以在這種情況下，張三將必須受李四所理解的承諾之拘束，即張三有義務在當月十二日交貨。但是 Posner 卻暗示，如果這種將了解一個行業習慣的負擔加諸於新手會產生減少財富的結果的話，則法庭應考慮不理會這個原則，那就表示要推翻既有的判例，而認為張三與李四並無合意、契約沒有成立⁸¹²。則 Posner 的主張是對判例拘束原則的否定，一切由法官依照效率的標竿決定如何判決、為了

⁸¹¹ 請參閱第三章註腳第 59。

⁸¹² 請參閱 EAL, p. 107.

效率而勇於改弦更張，而視既有法律為無物。則對因為這樣的法官造法回溯使用而蒙受損失者，是極不公平的。

如果法律經濟分析認為為了「把餅做大」可以這樣做的話，則在這個案子中，又怎麼給李四一個公道？假設原本在本月十二日交貨，雙方各可獲利十元，而在下個月十二日交貨，則張三可獲利五十元，李四將損失十元。是否法院因此修改契約將「十二日」規定為「下個月十二日」，並且有立法者規定：在這種情況下，張三仍要填補李四的預期利益之損失，即張三拿出二十元給李四。則這第一，是奇怪的法理，因為既然張三依法院對契約的解釋是完全遵守契約的，為什麼還要賠償李四？第二，這種情況同樣不需要公權力介入，因為張三既然有能力完全填補李四的預期獲利之損失，則雙方私下可以另立新約解決。

是故，法律經濟分析所謂「法官先只管把餅做大，分配問題交給立法者」，至此階段，並不易讓人理解。

另一種對於「法官先只管把餅做大，分配問題交給立法者」這個口號理解的可能性是：待這樣的司法政策，例如讓資本家方便生存發展，而社會一片欣欣向榮，而後立法者以例如抽累進稅、建立社會福利體系的方式照顧大家，特別是原初為了資本家發展而被犧牲的弱勢者。這樣的想法也有兩個困難，第一，Posner 及許多古典自由主義都堅決反對這種非經過市場自願交易的財富重新分配，現若如此主張豈不自相矛盾？或許，他們可以辯稱，只要弱勢者能證明，其當初是「為了工商業的發展而被犧牲的」，則就有權利享受社會福利；如果是這樣，則 Posner 就應該修正其主張、說清楚他並不是像 Coase 那樣主張必須退讓給資本家的農夫是真真正正的毫無權利了，而是只必須「暫時退讓」，但以後「有權利享用由資本家的稅捐所建立的社會福利」（即並非「全有對全無」）。但第二個問題仍然存在，即被犧牲的人現在僅靠社會福利就得到正義公平的補償了嗎？或福利要好到什麼程度才算充分補償其先前的損失了呢？而過去每個人犧牲的程度都不同，又怎麼一一去估算？

總之，法律經濟分析學派的方式，可謂「治絲益棼」，徒然造成更多複雜、窒礙難行的困境。

12.3 法律的安定性及一般法律原則正義性的反省

法律的安定性及其意涵的個人既有法定權利之保障，可以說是 Dworkin 的詮釋性法理學唯一的議題（當然 Dworkin 的學術另外還涉及政治哲學的領域）。其對此問題的重視及理論，在筆者的拙著《法學方法論與德沃金》（以下簡稱《德》）一書中也反覆加以陳述，其中，他對 Posner 的司法策略，亦指為「向前看的工具主義」、「無法律、無權利的實用主義政策」..，而批評不遺餘力。

當然，在此我們可以探討，那法官是否終須一成不變？

Dworkin 的法學方法論嚴禁法官造法，或者說根本沒有造法的必要，因為他

認為已經高度發展的美國法律體系，既有清晰可循的「規則」(rules)、又有依建構性的詮釋方法可被挖掘而出的「原則」(principles)，故美國的法制已是一無漏洞的「封閉完美的體系」。任何案件，既有法律皆已為之預備好了「唯一正解」。

當然，Dworkin 保障民權的用心良苦是值得高度肯定的，而且他對法律的安定性之重要意義也認識得極為透澈，而且筆者亦反對 Posner 的司法策略。但是問題是，第一，若是遇上了既有法律真的沒有規範到的漏洞該怎麼辦？第二，又如果既有法律的道德觀已不合時宜、甚至嚴重違背正義時又該怎麼辦⁸¹³？

Dworkin 以一概否認會有這兩種情況來解決這些問題。依他之見，美國的法律是已經高度發達、出神入化、完備無漏洞的，沒有任何案件是美國法律未嘗規定到的，所以法官怎可略過法律，尤其是「法律原則」的存在，只要運用他的“principles argumentation”（原則立論法），問題自然迎刃而解。綜觀面對成文法及判例法的漏洞問題，Dworkin 運用的不外是歐陸法系所謂的「客觀解釋」(objektive Auslegung)方法，而在 Dworkin 則稱之為「對一個概念的諸構念」(conceptions of one concept)；另外還有「目的論的擴張」(teleologische Extension)，以及「類推適用」(analogy)等方法的運用。但是這些他都一概否認是一種法官的創造性行為⁸¹⁴。

與 Dworkin 再陷入這種名目之爭，並無太大意義了⁸¹⁵，我們了解 Dworkin 的立場及固執的理由即可。重點是，在遇到法律漏洞及既有法律已經不合時宜時，我們該採取什麼形式程序規則及價值尺度來解決這時的問題？

筆者認為，在形式上，若是判例法的規範已不合時宜且違背正義，應盡量訂立成文法，但亦不應回溯既往。若真要由法官改弦更張而判，宜由有權的最上級法院而為。而至於所應遵循的倫理價值，並不能因此隨意汲取，而是應如 Karl Larenz，他把「法官續造法律」又區分為「內在於『法律』(狹義的法律，即 Gesetz)的法律續造」和「超越『法律』、但卻仍在『法』之內，(即 Recht)的法律續造」。前者之續造，法官要「受到「法律」規範的意圖、計劃及內在的目的論的拘束」。而後者則是連(狹義的)法律可供作類推適用都沒有，在此情形之下，法官續造法律仍尚且會注意「不違背法秩序一般原則及憲法的價值秩序」；所以這種續造法律雖然不依循狹義的法律，所以稱之為「超越法律的法律續造」，但是它仍在「法」秩序之內，即在整個實定法體制及其所本的基本原則、道理、價值的秩序

⁸¹³ 這是一個當然存在的問題，Dworkin 對此採頑固的否認態度是不智的，他要辯稱美國的法律自開國以來在一切的生活領域都已經實現了正確的道德價值，當然是無法自圓其說的；在《德》一書的第 6.2.1 段筆者對此已提出批判。

⁸¹⁴ 對於一般不被說成是「造法」的「客觀解釋」之評析、並確認其乃為一法官創造性的活動，請參閱《德》一書的 3.7.2，及 5.3.3 到 5.3.4 段。目的論的擴張請參閱同書第三章註腳 3。而對於 Dworkin 的“principles argumentation”實為一種大量借助法官個人價值評價的「類推適用」，卻仍被他稱為不是造法的評析，請參閱同書第二章。

⁸¹⁵ Dworkin 為了其強調既有法定權利的保障、及其個人法律解釋方法的神效、與建立民眾對司法的信心，必須堅稱一切判決都是現有法律早已預備好的唯一可能性；在《德》的 3.7.3 段，筆者指出這種說法，只是司法「不得不對民眾這樣說」的措辭而已，是為建立司法正義觀及信心不得不被「當成真的」(Fürwahrhalten)之一種宛如 Kant 哲學所說的「範導理念」(regulative Idee)。

之內⁸¹⁶。

當然，即使法秩序的價值觀是明白的，但仍都未必能對當下的案件提供唯一的解答，對於涉及高度倫理價值可爭辯性的問題，這是不可避免的結局，但終歸眾人所引用的價值尺度皆在憲法基本人權或既有法秩序之法原則的範圍之內，諸如人性尊嚴的保障、私法自治原則、不溯既往原則、信賴利益保護原則、罪責原則...等等。

「效率」也只有與上述這些原則不相違背時，才有發揮其考量的空間。然而法律經濟分析學派若是要拋棄上述一切，則似乎必須建構一套倫理學體系向世人清楚論述說明，為什麼「社會財富總量最大化」這單獨一項的價值高於那些由人性數千年的生活所歸納出來的在諸法律領域中欲實現人類生命合理性的諸般法律原則？而這個工作，依筆者之見，並不是已經由 Posner 做成功了；還要期待未來法律經濟分析學派中能有一位大哲學家出現。

12.4 結語 — 完整合理人性價值的尋回

法律經濟學的進路，乃反映近世歐洲自啟蒙運動以來實證科學勃興後的科學霸權思維，其將理性的考量獨獨限於可用數據計量的收益，對於非計量性的價值則視為不存在或玄渺的空洞之物、全遭放逐於公共論述的範圍之外。Posner 這一種「技術與〔實證〕科學作為意識形態」的世界觀，陷入顧盼自雄、而實則是抱殘守缺的視野，將完整的人生割裂、窄化，其以單維的價值潛入原本其它價值起指導作用的領域，並僭越地驅逐出一切價值因素而欲普世地宰制稱帝稱王，結果是摧毀了人性追求幸福時所必須擁有的多種價值需求；人由「理性地考量追求最大幸福者」，萎縮成「理性地考量只追求最大財富者」（甚至不知為什麼竟然追求的還應該是社會財富的總量），是拿一個錯誤的地圖在指路，是使用一個錯誤的模型在模擬推演人類的生命情境，難明人類生活世界的豐富與真諦。

Posner，如筆者在「導論」中所詳論的，他一開始並不是不知道這一點；然而，如 1.3.2.2 段所言，其越後期越激進地高舉其單維的經濟效率進路對實踐的（有拘束力之）指導功能，甚至，比素以激進著稱的 D. Friedman 還要徹底了。這種偏執的加深，或許不應令人意外，因為如筆者在「導論」中所言，有沒有一個人寫了浩繁的著作及從事了二十餘年的司法工作，而仍舊說：「我做的一切皆只是探索試驗而已、沒有對錯，你也不需要把它當成一種實踐上要求」！

重要的評斷，筆者已在本書第十章的結尾說過，另外是在第一章的 1.2.3 段的末尾。然而筆者始終最愛的、也最敬佩的、彌習彌佳的，還是在 1.2.3.3 段引

⁸¹⁶ 請參閱 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, p. 254-255 及 301-302. Larenz 承認二者有時分際並不完全明確，此外，法官通常在極不得已的情況下才會從事後者這種法律續造。例如在本書第十章我們討論到，為了實現美國憲法第四修正案的目的而由聯邦最高法院創設「證據排除法則」。這要被定位為哪一種法學方法，值得玩味。

用的兩位知名的經濟學家在其合著的《經濟學的視野》一書中充滿智慧且洞見的話：

「長久以來，經濟學家對於『效率』(efficiency)的概念，所做的詮釋與推演極其豐富，但對於『公平』(equality)的概念，卻是進展有限。要談論人與人之間何謂公平、何謂不公平，恐怕難免要將人與人做比較。但是這種『主觀』的比較，似乎與主流經濟學所主張的『客觀』科學方法有所扞格。事實上，數十年來絕大多數的經濟學文獻，都是與效率面有關的論文。久而久之，公平面的考量，就形成了經濟學者鮮少觸及的沙漠領域。但是對於那些只知道效率分析的經濟學者，效率之外的東西就如同是他們知識邊界(boundary)之外；邊界之外的東西他們根本不知道要如何分析？更糟糕的經濟學者，則是完全不知道『效率之外』還另有天地，憑藉著自己對經濟效率的片面了解，到處表達一些似是而非的論點」⁸¹⁷。

Posner 表示：「一個學者 — 進而一個法官 — 最大的罪過就是循規蹈矩」⁸¹⁸。換言之，不循規蹈矩是一種美德。

而筆者的建言是：「不論是作為什麼人，亦不論是要做守成或創新的事，『認清事物之本質，了解自己的界線，謹守本分就是最大的美德』！」

⁸¹⁷ 朱敬一/林全，經濟學的視野，台北 2002，172 頁。

或者說，古典自由主義傳統下經濟學的發展，已經將「理性」一字的意涵澈底窄化了！凡是懂得算計、追求「財富」的最大化的人才「理性」，如果一個人（或許例如因為其情感天性...等任何因素），其行為沒有追求「財富」最大化的意願，在經濟學上就稱為「非理性」。換句話說，「滿足」的來源只能是金錢，否則對這派經濟學家而言，就是非理性的、不可理解的。

但是筆者絕對不能同意這種對「理性」一字如此窄化的用法，也不苟同這種狹隘的人類行為觀。因為人類是追求「最大化的滿足」，而每一個人的滿足之源是不同的、多樣的，怎可說不追求最大化的金錢就是不可理解的（也許只是不可被經濟學的視野理解而已）、非理性的！要求將「理性」專門界定為「追求財富最大化」這樣的意義來被使用，是充分顯示這一派經濟學家思想的窄化及狂妄心態。如張雄教授所說的：「最大化不是唯一的，在一些場合，人們不是追求〔金錢〕最大化目標，而是奉守『滿意』的尺度，偏離最大化的現象處處可見」（市場經濟中的非理性世界，上海 1995，「內容摘要」1 頁）。張教授又指出：「..主流學派一些代表人物把這種理性研究範式加以泛化和曲解，誇大理性假設的邏輯意義，...從而築起了現代唯理性主義方法的窠臼」（「內容摘要」2 頁）；而這包含三種方法：「（1）單純注重經濟理性邏輯的方法；（2）僅把理性經濟人高度抽象為數學符號並視為唯一可取的方法；（3）用〔金錢〕最大化原則來衡量經濟人的一切行為的方法」（「內容摘要」2 頁）。

請參閱本書第一章註腳 5，亦早已指出相同的問題。

⁸¹⁸ 引自 朱蘇力，《波斯納文叢》總譯序，北京 2001，XV 頁。

參考書目

1. Richard A. Posner 著作

Economic Analysis of Law (引爲 **EAL**), 5. edition, New York 1998.

Economics of Justice (引爲 **EJ**), Cambridge (Massachusetts) 1983.

The Problems of Jurisprudence (引爲 **PJ**), Cambridge (Massachusetts) 1990.

Overcoming Law (引爲 **OL**) , Cambridge (Massachusetts), 1995.

The Problematics of Moral and Legal Theory (引爲 **PML**) , Cambridge (Massachusetts) 1999.

Antitrust Law: an economic perspective, Chicago 1976.

Antitrust Law 2. edition (反托拉斯法 朱蘇力譯), 北京 2003.

Frontiers of Legal Theory (法律理論的前沿 武欣 凌斌譯), 北京 2003.

2. 外文著作

Coase, Ronald H.; The Problem of Social Cost, in: The Journal of Law & Economics, Volume III October 1960, p. 1-44.

Copleston, Frederick S. J.; A History of Philosophy, Vol. 8. 1967.

Davies, Howard / Holdcroft, David, Jurisprudence, London Dublin Edinburgh 1991.

Dworkin, Ronald; Taking Rights Seriously, Cambridge (Massachusetts) 1978.

Dworkin, Ronald; In Defense of Equality, in: Social Philosophy and Policy, Vol. I (1983), p. 24-40.

Dworkin, Ronald; Law's Empire (引為 **LE**), Cambridge (Massachusetts) 1986.

Dworkin, Ronald; A Matter of Principle, Cambridge (Massachusetts), 1985.

Dworkin, Ronald; "Natural" Law Revisited, in: Florida Law Review, Vol. 34 (1982), p. 165-188.

Dworkin, Ronald; "Natural" Law Revisited, in: Florida Law Review, Vol. 34 (1982), p. 165-188.

Dworkin, Ronald; Hard Cases, in: Harvard Law Review, Vol. 88(1975), p. 1057-1109.

Feldman, Fred; Introductory Ethics, 1978.

Friedman, David D.; Law's Order, Princeton 2000.

Greenawalt, Kent; Policy, Rights, and Judicial Decision, in: Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence (ed. by Marshall Cohen), Totowa -New Jersey, 1984.

Hart, Herbert Lionel Adolphus; The Concept of Law, Oxford² 1972.

Hart, Herbert L. A.; Between Utility and Rights, in: Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, (ed. by Marshall Cohen), Totowa (New Jersey) 1984.

Hart, Herbert. L A.; “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” , in: Georgia Law Review, Vol. 11 (1977), p. 969-989.

Hayek , Friedrich A.; The Constitution of Liberty, Chicago 1960.

Hayek , Friedrich A.; Individualism an Economic Order, Chicago 1948.

Hegel, G. W. F.; Grundlinien der Philosophie des Rechts, Leipzig 1921.

Jakobs,Günther; Das Schuldprinzip, in: Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften Vorträge G 319, 1993.

Kant, Immanuel; Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.

Kelsen,Hans; Was ist Gerechtigkeit, Wien 1953.

Kneer, Georg / Nassehi, Armin; Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme 2. Aufl. München 1994.

Kuhn, Thomas S.; The Structure of Scientific Revolution, Chicago 1970.

Larenz, Karl; Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1992.

McCarthy, Thomas The Critical Theory of Jürgen Habermas (德文翻譯 Max Loser) Frankfurt a. M. 1980.

Mill, John Stuart; Utilitarianism, Liberty, and Representative Government, New York/Londen 1951.

Nozick, Robert; Anarchy, State, and Utopia, Cambridge (Massachusetts) 1974.

Patzig, Günther; Ethik ohne Metaphysik 2. Aufl., Göttingen 1983.

Raiser,Thomas; Rechtssoziologie, Frankfurt a. M. 1987.

Rawls, John; A Theory of Justice, Cambridge (Massachusetts) 1971.

Sen, Amartya; On Ethics and Economics, Oxford 1987.

Singer, Peter; *Practical Ethics*, 2. edition, Cambridge 1995.

Schwartz, Adina; Moral Neutrality and Primary Goods, in: *Ethics*, Vol. 83. (1973), p. 294–307.

Stein, Erwin; Zur Wandlung des Eigentumsbegriffs, in: *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970.

Weber, Max; *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* 4. Aufl., Tübingen 1973.

3. 中文及中譯著作

毛慶生等著，經濟學，台北 1998.

王文，認罪協商與有罪答辯制度之探究，在：刑事法雜誌 42 卷 5 期 1998，p. 4-53.

王梅英，從刑事簡易程序正當性基礎評現行立法，月旦法學雜誌，45 期 1999/3，p. 69-79.

王兆鵬，搜索扣押與刑事被告的憲法權利，台北 2000.

王兆鵬，刑事訴訟講義〔二〕，台北 2002.

王卓脩，全球化與社會運動中的企業精神展現，在：「思與言」人文社會科學雜誌，第 41 卷，第 1 期，2003 年 3 月，p. 69-118.

王澤鑑，侵權行為法，台北 2002.

王澤鑑，民法概要，台北 2002.

王澤鑑，侵權行為法之危機及其發展趨勢，在：民法學說與判例研究（二），台北 2002, 147-184.

丘宏達，現代國際法，台北 1995.

丘宏達編輯，現代國際法基本文件 五版，台北 1994.

石元康，洛爾斯，台北 1989.

石元康，當代自由主義理論，台北 1995.

台灣刑事法學會編著，交互詰問制度的理論與實踐，台北 2002.

江朝國，強制汽車責任保險法，台北 1999.

朱柏松，侵權行為理論發展之新趨勢，在：法學叢刊 153 期，p. 40-66.

朱敬一/李念祖，基本人權，台北 2003.

朱敬一/林全，經濟學的視野，台北 2002.

朱敬一，由經濟學的觀點看告訴乃論與公訴之取捨，在：經濟論文叢刊 14 輯 1986 年 6 月，p. 93-104.

朱朝亮，緘默權之研究，在：刑事證據法則之發展—黃東熊教授七秩祝壽論文集，台北 2003, p. 293-362.

汪行福，走出時代的困境—哈貝馬斯對現代性的反思，上海 2000.

何懷宏，公平的正義，山東濟南 2002.

吳冠軍，羅爾斯與康德主義事業—悼念一代思想巨匠羅爾斯，在：清華法學第二輯 2003, p. 65-76.

但昭偉，重讀彌爾的效益論，台北 2002.

李文健，罪責概念之研究—非難的實質基礎，台北 1998.

林益山，消費者保護法 二版，台北 2001.

林火旺，倫理學，台北 2001.

林鈺雄，刑事訴訟法（上），台北 2003.

林鈺雄，刑事訴訟法（下），台北 2003.

林山田，刑法通論〔上〕增訂八版，台北 2002.

林山田，刑法通論〔下〕增訂八版，台北 2002.

林山田，刑罰學，台北 1975.

林俊益，刑事訴訟法概論（上），台北 2002.

林立，論“法律原則”的可爭議性及為“柔性的法價值秩序”辯護，在：清華法

學 第一卷 2002 第一期，p. 76-108.

林立，古典自然法思想，1988 年，輔仁法學第 16 期，p. 1-21.

林立，由 Nozick 的學說釐清當代「基於權利的理論」(right-based theories) 推論之獨斷性-兼論司法權與國家強制力之關聯及其運作真相，2002 年，思與言人文與社會科學雜誌，2002 年 6 月，第 40 卷第 3 期，p. 35-114.

林立，由英美與歐陸思維文化之根本差異反省我國刑事訴訟採用美國「交互詰問」制度之爭議 2003 年 2 月，東吳法律學報第 14 卷第 2 期，p. 27-66.

林立，法學方法論與德沃金，二版，台北 2002.

林立，試以哈特的分析法學解決國內法與國際法拘束力來源之永恆難題，收錄於：黃宗樂教授六秩祝賀論文集-基礎法學篇，台北 2002, p. 435-560.

林立，由 Jakobs「仇敵刑法」之概念反省刑法「規範論」傳統對於抵抗國家暴力問題的侷限性 — 對一種導源於 Kant「法」概念先天性信念之思想的分析與批判 —，發表於：全球化時代刑法的前景 2003,10,16.

法治斌，論違法搜索扣押證據之排除，在：刑事訴訟法論文選輯（陳樸生編），台北 1984, p. 236-289.

姚瑞光，民事訴訟法論，台北 1977.

施啓揚，民法總則，台北 1983.

范建德，消費者保護法：基礎理論，台北 1999.

高希均，經濟學的世界：中篇，第二版，台北 2002.

高宣揚，新馬克思主義導引，台北 1987.

望月禮二郎，英美法，郭健 譯，台北 1997.

張乃根，經濟學分析法學，上海 1994.

張特生，預審制度與準備程序之再檢討，在：民事訴訟法研究基金會民事訴訟法

之研討（四），台北 1993, p. 655-708.

張清溪等著，經濟學—理論與實際，台北 1987.

張雄，市場經濟中的非理性世界，上海 1995.

張麗卿，刑法總則理論與運用，台北 2003.

張嘉尹，法作為法律系統－法律系統理論初探，在：思與言人文社會科學雜誌，第 39 卷第 2 期，2001 年 6 月，p. 193 - 248.

黃柏農，經濟學（上），台北 1997.

黃源盛，沈家本法律思想與晚清刑律變遷，台灣大學法律系博士論文，1991.

黃東熊，美國之「有罪答辯」(Pleas of Guilty) 制度—以 Plea Bargaining 為中心，在：刑事訴訟法研究第一冊，台北 1999, p. 361-406.

黃東熊，刑事訴訟法研究第二冊，台北 1999.

黃東熊，刑事訴訟法論，增訂二版一刷，台北 1999.

黃朝義，刑事訴訟法《證據篇》，台北 2002.

黃有光，福利經濟學，台北 1999.

陳石獅，事證開示制度 (Discovery) 與發現真實，在：民事訴訟法研究基金會民事訴訟法之研討（五）台北 1996, p. 79-138.

陳石獅，訴訟標的外的和解，在：民事訴訟法研究基金會民事訴訟法之研討（一），台北 1986, p.135-173.

陳繼堯，汽車保險—理論與實務，台北 1999.

馮震宇等著，消費者保護法解讀，台北 2000.

梁沛霖 戎子由 合編，李天命的思考藝術，臺北 1992.

許士宦，「辯論兼和解」之審理方式－評述日本近十年來民事審判實務上所實驗之審理模式，在：民事訴訟法研究基金會民事訴訟法之研討（四），台北 1993, p. 465-518.

許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，台北 2000, p. I.

楊楨，英美契約法論 修訂三版，台北 2003.

楊建華/王甲乙/鄭健才，民事訴訟法新論，台北 1995.

趙敦華，勞斯的《正義論》解說，台北 1988.

詹森林等著，認識消費者保護法－消費者保護叢書之一，台北 1995.

趙晉枚等著，智慧財產權入門 二版，台北 2003.

熊秉元，約法哪三章？，台北 2002.

熊秉元，天平的機械原理，台北 2002.

熊秉元，熊秉元漫步法律，台北 2003.

劉楚俊/洪啓嘉，現代個體經濟學 四版，台北 2002.

劉幸義，意志自由與罪責，中興法學 24 期 1987, p. 31-61.

劉振鯤，實用民法概要 五版，台北 2002.

潘維大，英美侵權行為法案例解析 上冊，台北 2002.

潘維大，英美侵權行為法案例解析 中冊，台北 2002.

潘維大，英美契約法案例解析（一），台北 1997.

「『德、日、美比較刑事訴訟制度研討會』專題演講暨座談會紀錄（下）」，在：法學叢刊 178 期 2000 年 4 月，p. 1-66.

霍德明等著，經濟學 2000 跨世紀新趨勢 上冊，三版，台北 2002.

霍德明等著，經濟學概論，台北 2002.

韓忠謨，刑法原理，台北 1972.

謝銘洋，智慧財產權之基礎理論 三版，台北 2001.

羅志如等註，西方經濟學基礎理論，台北 1996.

Becker, Gary S.; The Economics of Discrimination 2. edition (歧視經濟學) 藍科正譯，台北 1996.

Block, Walter; Defending the Undefendable (百辯經濟學)，齊立文譯，台北 2003.

Buchholz, Todd G. New; Ideas from Dead Economists (經濟大師不死，馮勃翰譯) 台北 2000.

Burnham, William; Introduction to the Law and Legal System of the United States (英美法導論)，林利芝譯，台北 2001.

Corwin, Edward S. / Peltason, J. W.; Understanding the Constitution (美國憲法釋義) 結構群譯，台北 1992.

Heibroner, Robert L.; The Worldly Philosophers (改變歷史的經濟學家)，蔡伸章譯，台北 2000.

Kukathas, Chandran / Pettit, Philip; John Rawls (羅爾斯)，姚建宗/高申春譯，哈爾濱 2002.

Lepage, Henri; Tomorrow - Capitalism (自由經濟的魅力 — 明日資本主義)，夏道平等譯，台北 1988.

Mankiw, N. Gregory; Principles of Economics 2. edition (經濟學原理)，林建甫等譯，台北 2001.

Posner, Richard A.; Economic Analysis of Law, 4. edition (法律的經濟分析)，蔣兆康譯，北京 1997.

Tucker, Irvin B.; Economics for Today (現代經濟學), 林介松譯, 台北 2000.

